

مجلة
كلية الشريعة والقانون
بأسبوط

العدد الثامن
١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بأسيوط

مجلة
كلية الشريعة والقانون

العدد الثامن
١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م

رئيس مجلس إدارة المجلة
د عبد الشافي علي جابر
عميد الكلية

مدير التحرير
د حسين عبد المجيد حسين

رئيس التحرير
د محمد فتوح محمد عثمان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين
وعلى آله وصحبه أجمعين •

وبعد

فإننا نسجد لله سبحانه وتعالى شكراً أن وفقنا لإخراج العدد
الثامن من مجلة كلية الشريعة والقانون فرع أسيوط •

ونرجوا أن ينال الرضا من قارئه وأن يجد فيه ما يشفى غليله من
أحكام الشريعة الإسلامية في أمور حياته كما أتوجه بالشكر للسادة
الباحثين والمساهمين في إخراج هذا العدد طالبين من المولى عز وجل
الأجر والثوبة أنه غنى جواد •

والله ولي التوفيق،،،

١٠٠٠ د. عبد الشافي على جابر

بحوث في الجهاد دراسة فقهية مقارنة

(٣)

إعداد / عبد الشافي علي جابر
عميد الكلية

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله .
ونصلي ونسلم على سائر أنبيائه ورسله الذين حملوا أمانة
الهداية الى عباده ، وتبليغ أوامره ونشر شرائعه ... ونخص سيدنا
وهو إنا (محمد بن عبد الله) أمام النبيين • وخاتم المرسلين • وقائد
المجاهدين • وأتسجع المقاتلين — صلى الله عليه وسلم — وعلى آله
وأصحابه ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين •

وبعد ...

فقد أكدت العزم على الكتابة في موضوع (الجهاد) حتى
أستوفيه • وقد تكلمت في العدد السادس لهذه المجلة عن : تعريفه ،
وسبب مشروعيته ، وأنواعه • وحكم كل نوع كما تكلمت في العدد
السابع عن شروط وجوبه ، وحكم الدعوة الى الاسلام قبل القتال ،
والاستعانة بالكفار فيه ... وهنا أذكر بعض الأحكام المتعلقة به •

سائلا المولى تعالى أن يوفقني الى مواصلة المسيرة فانه جلت
قدرته نعم الموفق ونعم المعين •

المبحث الثالث :

حكم الفرار عند لقاء الأعداء ، وآداب القتال في الاسلام ، وأسباب النصر فيه .

ويشتمل على ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : حكم الفرار عند لقاء الأعداء .
- المطلب الثاني : آداب القتال في الاسلام .
- المطلب الثالث : أسباب النصر في الاسلام .

المطلب الأول

حكم الفرار عند لقاء الأعداء

تمهيد :

إن الله سبحانه وتعالى حث النفس الانسانية على الجهاد في سبيله ، وجببه اليها إذا فقد أمر بالمثبات عند لقاء العدو • لأنه من أجل العوامل التي تساعد على الانتصار وهو دليل واضح على قوة الروح المعنوية التي هي الدافع القوي على القتال والاستبسال وقد انتصر المسلمون الأوائل في كل غزواتهم بهذه الروح التي يعيها الايمان في نفوس المجاهدين فتتضاعف امكانياتهم الحربية ، وقدراتهم على مواجهة الأعداء (١) كما حذر من الفرار لأنه يؤدي الى الهزيمة ويوهن القوى • فهو اذن كبير المفسدة ، سييء العاقبة لأن الفنان كالحجر يسقط من البناء فينهاوى ويختل نظامه ولذلك فإن الشارع الحكيم جعل الفرار من الكبائر الممنوعة عنها حيث قال :

« يا أيها الذين آمنوا اذا لمقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير » (٢) •

وقال النبي — عليه الصلاة والسلام — « اجتنبوا السبع الموبقات ... » وذكر منها « والتولي يوم الزحف » (٣) •

(١) آيات الجهاد في القرآن الكريم ص ١٢٥ د. كامل الدقن

(٢) سورة الأنفال الآيتان ١٥ ، ١٦ •

(٣) أخرجه البخاري (١٩٣/٢ ، ٣٦٣/٤) ومسلم ٦٤/١ وأبو داود

٢٨٧٤ والنسائي ١٣١/٢ والبيهقي في السنن ٧٦/٩

راجع ارواء الغليل في تخریج احاديث منار النبيل ج ٥ ص ٢٥

للأبائي ط • الأولى • بيروت ، نيل الاوطار ج ٧ ص ٢٥٢ للشوكاني •

ومناء على هذا :

فقد اختلفت كلمة الفقهاء في حكم الفرار عند لقاء الأعداء على قولين :

المقبول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء : (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة)
وجماعة (٢) إلى القول بتحريم الفرار عند لقاء الأعداء (٤) .
واشترطوا لذلك شرطان (٥) :

الشرط الأول :

أن يبلغ عدد المسلمين النصف من عدد الكفار كما في مسائتين ،
ومئتين لأربعمائة وهكذا .

للشرط الثاني :

ألا يقصد بالفرار التحيز (٦) إلى فئة ، أو التحريف (٧) للقتال .

(٤) بدائع الصنائع ج ٩ ص ٤٣٠٦ للكاساني ، فتح القدير ج ٥
ص ٤٣٩ لكمال بن الهمام ، بداية المجتهد ج ١ ص ٢٢٩ لابن رشد ،
جواهر الأكلیل شرح مختصر خليل ج ١ ص ٢٥٤ ، مغني المحتاج ج ٤
ص ٤٤٠ للخطيب ، المغني ج ٨ ص ٣٤٦ لابن قدامة ، رحمة الأمة في
اختلاف الأئمة ص ٢٩٢ لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الشافعي
ط . الثالثة .

(٥) قوانين الأحكام الشرعية ص ١٥٣ لابن جزى . وكذا المراجع
السابقة ونفس الصفحات .

(٦) التحيز : الانضمام إلى جماعة أخرى من الجيوش للتمكّن معها
على القتال .

(٧) التحريف : أصل التحريف الزوال عن جهة الاستواء إلى الطرف

إدابة هذا القول :

استحل جمهور الفقهاء أولا : على تحريم الفرار عند لقاء الأعداء
بالحرب والسنة .

١ - فالكتاب :

(أ) قوله عز وجل : « يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين
كفروا زحفا (٨) فلا تولوهم الأدبار ، ومن يولهم يومئذ دبره ، إلا متحرفا
لقتال أو متحيزا إلى فئة فقد باء بغضب من الله . وماواه جهم
ويؤنس المصير » .

وجه الدلالة :

يستدل بهاتين الآيتين من وجهين (٩) :

الأول : أن المولى سبحانه وتعالى نهى المؤمنين في الآية الأولى

أي الحرف والمراد به هنا الانعطاف عن موقعه إلى موقع آخر خدعا للعدو
بالمفره مرید الكره والحرب خدعة .

وقال المرداوي : التحرف ، أن ينحاز إلى موقع يكون القتال فيه أمكن
وقال الشوكاني : هو أن يرى القتال في غير موضعه أصلح فينتقل إليه
(٨) الزحف : تبعث من جر الرجل كاتبعث البعير إذا أعيا أو هو
الدبيب في السير ، سمي به الجيش الكثيف المتوجه إلى العدو لكثرة
وكثافته كأنه جسم واحد يزحف ببطء وإن كان سريع السير .

صفوة البيان لمعاني القرآن (تفسير القرآن الكريم) ص ٢٣٥/٢٣٦
للشيخ حسنين مخلوف ط . • الفائلة الكويتية .

(٩) تفسير القرطبي ج ٧ ص ٣٨٠ ، أحكام القرآن لابن الغزالي

ج ٢ ص ٨٤٣ .

عن الفرار عند التقاء الجمعين ، جمع المؤمنين وجمع الكافرين ، والأصل في النهي أن يكون للتحريم ما لم يوجد صارف يصرفه الى غيره ولا صار هنا عنه فدل هذا على تحريم الفرار عند لقاء الكفار .

الثاني : أنه سبحانه وتعالى في الآية الثانية قد توعد الفارين بأشد أنواع الوعيد وهو الغضب في الدنيا والعذاب الأليم في الدار الآخرة ، والتوعد الشديد لا يكون الا على فعل شيء محرم فيكون الفرار حراما .

(ب) وقوله تبارك وتعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون » (١٠) .

وجه الدلالة :

أن الله تبارك اسمه أم المؤمنين بالثبات عند لقاء الكفار ، وحاربهم ، والأصل في الامر الوجوب ما لم يوجد صارف يصرفه عنه ، ولا صارف هنا فدل هذا على أن الثبات أمام الأعداء واجب فيكون الفرار حراما (١١) .

ثانيا : السنة :

فقد روى عن أبي هريرة — رضى الله عنه — قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(١٠) الآية رقم ٤٥ من سورة الأنفال . والفتة : الجماعة من الناس

وسميت بذلك لرجوع بعضهم على بعض في التعاضد — صفوة البيان ٣٣٦

(١١) تفسير القرطبي ج ٨ ص ٢٣ .

« اجتنبوا السبع الموبقات (١٢) ، قالوا وما هن يا رسول الله ؟
 قال : الشرك بالله والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق ،
 وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات .
 المغافات » (١٣) •

وجه الدلالة :

أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — قد أمر المؤمنين
 بالثبات وعدم الفرار عند لقاء الأعداء والأصل في الأمر الوجوب فدل
 هذا على وجوب الثبات ، وإذا كان الثبات أمام الأعداء واجبا فيكون
 الفرار عند لقائهم حراما (١٤) •

واستدلوا ثانيا على الشرط الاول :

وهو أن يكون عدد المسلمين على النصف من غزو الكفار
 بدليلين هما :

الاول : الكتاب :

قوله تعالى « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا ، فإن
 يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وإن يكن منكم ألف يغلبوا
 ألفين بإذن الله والله مع الصابرين » (١٥) •

(١٢) الموبقات : أي المهلكات • نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٥٢ •

(١٣) الحديث صحيح وقد سبق تخريجه •

(١٤) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٥٢ للشوكاني •

(١٥) الآية رقم ٦٦ من سورة الأنفال •

وجه الدلالة :

أن المولى سبحانه وتعالى : قد أمر في هذه الآية أن يكون عدد
المسلمين على النصف من عدد الكفار والأمر يقتضى الوجوب فدخلت هذه
الآية على اشتراط العدد لتحريم الفرار والا كان الفرار مباحا .

الاعتراض :

فان قيل ان هذه الآية ليست بأمر ، بل هى خبر فقد أخبرنا
سبحانه وتعالى ان المائة الصابرة من المؤمنين ستغلب مائتين من الكفار ،
وكذا الإكليف منا سيغلب ألفين منهم .

الجواب :

فيجيب عن هذا الاعتراض بأن هذه الآية وان كانت خبرا لفظا
فهى أمر معنى ، اذ لو كان المراد بها الخبر لما وقع خلاف الخبر عنه ،
لأن الخلف في اخباره تعالى محال ، لكنه وقع ، فقد لا تحصل الغلبة
للمسلمين في موطن يكون فيه العدد ضعف عدد العدو ، وبذا يكون
المراد بها الأمر لا الخبر واذا كان كذلك ، فلا بد لتحريم الفرار من
اشتراط العدد والا كان مباحا (١٦) .

الثانى : قول الصحابة :

فقد روى عن ابن عباس — رضى الله عنهما — أنه قال : « من
فر من اثنين فقد فر ، ومن فر من ثلاثة فلم يفر » (١٧) فدل هذا على

(١٦) التلمذ لابن قدامة ج ٨ ص ٤٨٣ .

(١٧) أخرجه البيهقى ٧٦/٩ ورواه الشافعى ١١٥٥ راجع : ارواء

الغليل ج ٥ ص ٢٨ ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٥٣ وقيل صحيح ارواء

الغليل واسناده صحيح وهو وإن كان موقوفا فله حكم المرفوع .

أن اشتراط العدد شرط لتحريم الفرار عند لقاء الأعداء .

وامتدوا ثالثا :

على الشرط الثانى وهو ألا يقصد بالفرار التحيز إلى فئة أو المتحرف للقتال بالكتاب الكريم وهو قوله تعالى « الا متحرفا لقتال أو متحيزا إلى فئة » .

وجه الدلالة :

أن المولى سبحانه وتعالى بعد أن نهى المؤمنين عن الفرار أباحه لصنفين اثنين فقط :

الأول : المتحرف للقتال وهو الشخص الذى يفر مكيدة منه وبسرعة للعدو والحرب ضربة كما قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم .

الثانى : المتحيز إلى فئة : وهو الشخص الذى انحاز إلى جماعة المسلمين وانضم اليهم حيث وجد نفسه فى مكان لو بقى فيه لقتل فيباح له عندئذ أن ينعطف إلى جماعة المسلمين ليقوى بقوتهم ويتحمس بجماعتهم ، فدللت هذه الآية على اشتراط هذا الشرط والا كان الفرار مباحا (١٨) .

الثانى : ذهب ابن حزم الظاهري (١٩) إلى القول بتحريم الفرار عند لقاء الأعداء الا فى حالتين :

(١٨) تفسير القرطبي ج ٧ ص ٣٨١ ، صفوة البيان لمعاني القرآن

ص ٢٣٦ .

(١٩) المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ .

الأولى : التحيز إلى جماعة المسلمين ، والثانية : التحرف للقتال مطلقا أى من غير اشتراط المعو ، فان نوى غير ذلك أى الفرار من لقاء الأعداء فهو فاسق ما لم يتب ويرجع إلى الله تعالى .

وبإليه :

واستدل ابن حزم نراه بالكتاب وهو قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار » ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا إلى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير « (٢٠) » .

وجه الدلالة :

ان المولى سبحانه وتعالى نهى المؤمنين عن الفرار الا في حالتين هما : التحيز والتحرف والأصل في النهى التحريم فدللت هذه الآية على تحريم الفرار عند لقاء الأعداء الا في حالتى التحيز والتحرف مطلقا بدون اشتراط عدد معين .

مناقشة أدلة الراى الأول :

ناقش ابن حزم الظاهرى ما استدل به الجمهور على اشتراط العدد من وجهين :

الوجه الأول بالنسبة للكتاب فقال :

ان آية التخفيف « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين بإذن الله والله مع الصابرين » التى استدللتم بها معناها أن

المولى سبحانه وتعالى علم أن فينا ضعفا فخفف عنا ، ولم يقل لنا
 فيها أن الملة لا تغلب أكثر من مائتين ، ولا أن الألف لا تغلب أكثر
 من ألفين ، ومن ادعى هذا في الآية فقد أبطل وادعى ما ليس فيها
 منه أثر ولا إشارة ولا نص ولا دليل بل قال سبحانه وتعالى :
 « كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع الصابرين » (٢٢)

الوجه الثاني بالنسبة لقول الصحابي :

فيرد بأن هذا قول صحابي :

والحجة في قول النبي — صلى الله عليه وسلم — لا في قول أحد
 سواء • ورسول الله — عليه الصلاة والسلام — لم يشترط العدد كما
 يدل على ذلك ما تقدم من حديث (٢٣) أبي هريرة مرفوعا « اجتنبوا
 المسبغ الموبقات » اذن فالعدد ليس بشرط •

المراجع :

وبعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء وأدلة كل ، وناقشنا ما استدل به
 للجمهور على اشتراط العدد يتبين لنا أن ما ذهب اليه ابن حزم
 الظاهري وهو أنه لا يشترط لتصريم الفرار عند لقاء الأعداء العدد
 هو الأولي بالاتباع ومما يؤيد ذلك أن الأمر في قوله تعالى « يا أيها
 الذين آمنوا إذا لقيتم فئة فاثبتوا » يوجب الثبات في جميع الأحوال
 أيها كان عدد المسلمين ، وعدد من يقاوتهم لزمه أمر مطلق ، ثم أراد
 الله تعالى أن يضع حدا لهذا الأمر فبين في قوله تعالى « يا أيها النبي

(٢١) الآية رقم ١٧٧ من سورة البقرة •

(٢٢) المحل لابن حزم ج ٧ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ •

(٢٣) انظر ارواء الغليل ج ٥ ص ٢٩ للالباني •

حارض المؤمنين على القتال ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين .
ولن يكن منكم مائة يغلبوا ألفا من الذين كفروا بأنهم قوم
لا يفقهون » (٢٤) •

فيكون الحد الذي يجب الثبات أمامه عشرة أمثال ، إلا أن هذا
البيان لم يأت بصيغة الأمر الصريح بل جاء ذلك على صورة الخبر
لأن المراد بعث الحمية في أنفس المقاتلين والمهاب الغيرة في صدورهم
ولا علم الله جل شأنه أن في المقاتلين ضعفا لم يكن موجودا خفف
عنهم حيث قال : « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان
يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وإن يكن منكم ألف يغلبوا ألفين
بإذن الله والله مع الصابرين » فالضعف الحادث هو الذي اقتضى
التخفيف .

وعلى هذا يكون حكم الآية الثانية التخفيف لعارض ، مع بقاء
حكم الآية الأولى عند زوال العارض فاذا انتفى الضعف الذي كان
سببا في التخفيف كان على المقاتلين حينئذ الثبات أمام الأعداء لعشرة
أمثال عملا بنص الآية الأولى ، لأن العشرين في الآية الأولى موصوفة
بالصابرين ، وكذلك المائة في الآية الثانية موصوفة بكونها صابرة بمفتمى
وجدت صفة الصبر ثبتت الحكم الأول لأن الصبر من لوازم القتال
ومن أهم أسباب النصر •

فان قيل : إن الآية الثانية ناسخة للأولى : قلنا هذا بعيد ولم
يقط بذلك جمهور العلماء (٢٥)

(والله أعلم)

(٢٤) سورة الأنفال الآية رقم ٦٥ •

(٢٥) الجهاد في الشريعة الإسلامية ص ٩٣ ، ٩٤ •

المطلب الثاني

آداب القتال في الاسلام

من القواعد الاسلامية الحكيمة التي بنى أمر القتال عليها تجنب
قتل من لم يقاتل من الأعداء ، اذ المقصود من شرعية القتال اعلان
كلمة الله في الأرض ، والقضاء على ظلمات الشرك عملا بقوله
سبحانه (١) « وقتلواهم حتى تكون فتنة ويكون الدين لله » .

لذا فقد أباح الاسلام قتل كل من صد عن سبيل الله ووقف في
وجه الدعوة الاسلامية وحرم قتل من لم يقاتل من النساء والصبيان
والزمنى والرهبان والأجراء والشيوخ ومن على شاكلتهم فهؤلاء
لا يقتلون لأنهم ليسوا من أهل القتال .

وسنبين أقوال الفقهاء وأدلتهم بشيء من التفصيل على النحو
التالي :

أولا : المرأة والصبي :

(١) في حالة عدم مباشرة القتال من المرأة والصبي :

اتفق الفقهاء (٢) على أنه لا يجوز قتل المرأة ما لم تقاتل وكذا
الصبي الذي لم يبلغ حد التكليف .

(١) سورة البقرة الآية ١٥٣ .

(٢) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٩٢ ، لا إلهي محمد بن عبد الرحمن

الشافعي ط . الثالثة ، فتح القدير ج ٥ ص ٤٥١ ، بنائية المجتهد ج ١

ص ٣٢٧ ، مفتي المحتاج ج ٤ ص ٢٣٢ ، المفتي لأبن قدامة ج ٨ ص ٤٧٧

المحل لأبن حزم ج ٧ ص ٢٨٦ .

الآية :

واستتلوا لذلك بالبسنة والمعقول :

١ - السنة :

أما السنة فقد اشتملت على عدة أحاديث تدل على عدم جواز قتل المرأة إذا لم تقا تل وكذا الصبي منها :

(أ) ما روى عن أنس - رضى الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : انطلقوا باسم الله ، وعلى ملة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة (٣) •

(ب) ما روى عن ابن عمر - رضى الله عنهما - أنه قال : وجدت امرأة مقتولة في بعض (٤) مغازى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فنهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن قتل النساء والصبيان « (٥) •

(ج) وجاء في رواية رباح بن الربيع قوله - صلى الله عليه -

(٣) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٦ والحديث رواه أبو داود •

(٤) غزوة فتح مكة • زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم ج ٥ ص ٥٤٦ •

(٥) رواه الجماعة إلا النسائى •

راجع : زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم ج ٥ ص ٢٤٦ ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٦ ، إرواء الغليل ج ٥ ص ٣٤ ، أحكام الأحكام ج ٢ ص ٣٢١ لابن دقيق العيد ط الأولى - دار الشعب •

وسلم — ما كانت هذه لتقاتل • فلم قتلت (٦) ؟

وجه الدلالة :

لقد نهى النبي — صلى الله عليه وسلم — في هذه الأحاديث عن قتل النساء والصبيان في حالة عدم مباشرتهم للقتال — « ما كانت هذه لتقاتل فلم قتلت ؟ » وإن كان هذا بخصوص النساء فكذا الصبيان فالعلة وهي الضعف واحدة ، سواء أكان النهي بطريق التصريح كما في الحديث الثاني أم بطريق الاستنباط كما في الحديثين الأول والثالث •

والأصل في النهي التحريم ما لم يوجد صارف ، ولا صارف هنا فدللت هذه الأحاديث دلالة واضحة على تحريم قتل كل من المرأة والطفل إذا لم يباشرا القتال •

٢ — المعقول :

وأما المعقول فهو أن لفظ قاتل (٧) لا يحصل في الغالب إلا من اثنين كالمخاضة والمشائمة •

والمرأة ليست من طبيعتها القتال لضعفها فهي ليست أهلا له وكذا الصبي الذي لم يبلغ حد التكليف •

فالقatal منهما غير متصور في الغالب ، فلا يجوز قتل واحد منهما

(٦) أخرجه أحمد وابن حبان والحاكم وأبو داود والنسائي والبيهقي
تلخيص الخبير ج ٤ ص ١٠٢ لابن حجر العسقلاني إرواء الغليل ج ٥
ص ٣٥ ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٦ وقال الحاكم « صحيح على شرط
الشيخين » ووافقه الذهبي •

(٧) تفسير القرطبي ج ١ ص ٣٣٨ •

ولهذا يقول صاحب بدائع الصنائع (٨) : « والأصل في ذلك أن من كان من أهل القتال يحل قتله سواء قاتل أو لم يقاتل ، وكل من لم يكن من أهله لا يحل قتله إلا إذا قاتل حقيقة أو معنى بالرأى والطاعة والتحريض وما شابه ذلك •

(ب) مباشرة القتال من المرأة والصبي :

فإذا باشرت المرأة القتال فإنها تقتل وكذا الصبي ان قاتل قتل وذلك باتفاق الفقهاء أيضا (٩) •

وقال المالكية (١٠) ان باشرت المرأة القتال بسلاح قتلت وان كانت المباشرة برمي حجر فلا تقتل واستدل الفقهاء على جواز قتل المرأة والصبي حالة مباشرتهما للقتال بالكتاب والسنة والمعقول •

أولا : الكتاب :

فالكتاب قوله سبحانه وتعالى « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقتلونكم ولا تعتبوا ان الله لا يحب المعتبين » (١١) •

وجه الدلالة من هذه الآية :

أن لفظ (قاتلوا) عام يشمل قتل كل مقاتل للمسلمين سواء

(٨) ج ٥ ص ٤٣٠٧ •

(٩) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٩٢ •

(١٠) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ١٧٦ ، بداية

المجاهد لابن رشد ج ١ ص ٥٢٤ مكتبة الكليات الأزهرية ، الشرح الصغير

لسيد أحمد الدردير ج ٢ ص ١٦٧ مكتبة محمد علي صبيح بميلان الأزهر

(١١) آية ١٩٠ من سورة البقرة •

لأن كان طفلاً أم امرأة ، والله سبحانه وتعالى قد أمرنا بقتاله ، في هذه الآية دلالة على جواز القتل لكل من المرأة والصبي إذا باشر القتال •

ثانيا : السنة :

وأما السنما روى عن عكرمة أن النبي — صلى الله عليه وسلم — مر بامرأة مقتولة يوم حنين فقال : من قتل هذه؟ فقال رجل أنا يا رسول الله غنمتها فأردفتها خلفي ، فلما رأيت الهزيمة فينا أهوت إلى قائم سيفي لتقتلني فقتلتها فلم ينكر عليه رسول الله — صلى الله عليه وسلم — عليه وسلم « (١٢) •

وجه الدلالة :

أن الرسول عليه الصلاة والسلام لما أخبره الرجل بقتل المرأة التي أرادت قتلها لم ينكر عليه ذلك بل أقره على صنيعه هذا ، وتقديره عليه الصلاة والسلام حجة يستدل بها فدل ذلك على جواز قتل المرأة إذا ما قاتلت •

ثالثا : المقول :

وأما المقول : فهو أن للمرأة قوة عظمى في القتال ، وهذا يتطلب أنها إذا ما قاتلت حل قتلها جزاء فعلها وفي هذا الشأن يقول ابن العربي في تفسيره (١٣) « وللمرأة آثار عظيمة في القتال منها الامداد بالأموال

(١٢) انظر نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ٢٤٧ • والحديث رواه أبو داود في مراسيله من رواية عكرمة ، ووصله الطبراني في الكبير من حديث مقسم عن ابن عباس — رضي الله عنها انظر : تلخيص الحبير ١٠٢/٤ (١٣) احكام القرآن لأبي العربي ج ١ ص ١٠٥ •

ومنها التحريض على القتال فقد كن يخرجن ناشرات شعورهن ناديات
بالبثأر مثيرات له معيرات بالقرار وذلك يحن قتلهن » *

ثانياً : الرهبان ، والزمنى والشيوخ الكبار والأجراء :

نفرق في هذا بين حالتين :

الحالة الأولى : مباشرتهم للقتال حقيقة أو معنى *

الثانية : عدم مباشرتهم له *

ففي الحالة الأولى (١٤) اتفق الفقهاء على جواز قتل الراهب
والمريض والشيخ والفانى والأجير وغيرهم من أهل الحرب اذا باثروا
القتال حقيقة أو معنى بأن كان لهم رأى ومشورة في الحرب *

واستدلوا لذلك :

بما روى عن النبى — صلى الله عليه وسلم — أنه لما فرغ من
حنين بعث أبا عامر على جيش أوطاس فلقى دريد بن الصمة وقد كان نيفه
على المائة وقد أحضروه ليحبر لهم الحرب فقتله أبو عامر ولم ينكر
— النبى صلى الله عليه وسلم ذلك عليه — « (١٥) *

(١٤) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٤٧٨ ، بدائع الصنائع ج ٩ ص
٤٣٠٨ ، الفتح القدير ج ٥ ص ٤٥٣ ، بداية المجتهد لابن رشد ج ١
ص ٥٢٥ ، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ص ١٩٢ .
(١٥) نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٢٤٨ ، تلخيص الحبير ج ٤
ص ١٠٢ من حديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه *

وجه الدلالة :

لما قتل أبو عامر دريد بن الصمة مع كونه زاد عن المائة سنة لم ينكر عليه رسول الله - صلى الله عليه وسلم بل أقره على صنيعة هذا وتقديره عليه الصلاة والسلام حجة يستدل بها فدل هذا على جواز قتل الشيخ الفاني وما شابهه إذا اشترك في القتال ولو بالمشورة والرأى لأن المشورة والرأى أعظم أثرا في الحرب من القتال .

أما في حالة عدم مباشرتهم للقتال فقد اختلف الفقهاء على قولين :
الأول : ذهب الامام أبو حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل والشافعي في إحدى الروايتين عنه بأنه لا يجوز قتلهم (١٦) .

الثاني : ذهب الامام الشافعي في أصح الروايتين له والظاهرية وابن المنذر الى القول بأنه يجوز قتلهم (١٧) .

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على عدم جواز قتل هؤلاء الأصناف في هذه الحالة بالسنة وذلك فيما يأتي :

١ - ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال :
كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا بعث جيوشه قال :
اخرجوا باسم الله تعالى تقاتلون في سبيل الله من كفر بالله ،

(١٦) بدائع الصنائع ج ٩/٤٣٠٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح

الكبير ١٧٦/٢ ، المغني لابن قدامة ٢٩٦/٨ .

(١٧) نهاية المحتاج ج ٨/٦٤ ، والمحلى لابن حزم ج ٧/٢٩٦ .

رحمة الامة في اختلاف الامة ص ١٩٢ ، ١٩٣ .

ولا تغدروا ولا تغاؤا ، ولا تمثاؤا ، ولا تقتلوا الولدان ولا أصحابهم
النصائح « (١٨) » .

٢ - ما روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أن النبى - صلى
الله عليه وسلم - قال : « انطلقوا باسم الله وبالله وعلى ملة
رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا تقتلوا شيخا فانيا ، ولا طفلا
صغيرا ولا امرأة ، ولا تغاؤا ، وضموا غنائمكم وأصلحوا وأحسنوا
أن الله يحب المحسنين » (١٩) .

٣ - وجاء فى حديث رباح بن الربيع النهى عن قتل العسيف (٢٠)
فى قوله عليه الصلاة والسلام لأحد أصحابه « ألحق خالدا فقتل له
لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا » (٢١) .

٤ - ما روى عن أبى بكر الصديق - رضى الله عنه - أنه أوصى
يزيد بن أبى سفيان حينما أرسله الى الشام بقوله « ستجد قسوما
حبسوا أنفسهم فدعهم وما حبسوا أنفسهم له » (٢٢) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

هذه الأحاديث اشتملت على النهى الذى يدل فى الأصل على

(١٨) انظر تلخيص الحبير ج ٤ ص ١٠٣ والحديث رواه الامام أحمد

نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

(١٩) المرجع السابق ج ٧ ص ٢٤٦ ، تفسير القرطبى ج ٢ ص ٢٨٠

سنن أبى داود ج ٦/٢ ، أحكام القرآن لابن العربى ج ١٢ ص ١٠٥ .

(٢٠) العسيف : هو الأجير لفظا ومعنى ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٨

المصباح المنير ص ٤٨٧ .

(٢١) المرجع السابق ج ٧ ص ٢٤٦ ، أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٦

(٢٢) المرجع السابق نفس الجزء والصفحة .

المتحريم وبذلك تكون قد حلت على عجم جواز قتل هؤلاء الأصناف في حالة عدم مباشرتهم للقتل سواء أكان بالحقيقة أم بالرأى والمشورة

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول على جواز قتلهم بالكتاب والسنة •

أولا : الكتاب :

وأما الكتاب فبقوله تبارك وتعالى : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » (٢٣) •

وجه الدلالة :

أن المولى سبحانه وتعالى أمر المسلمين بقتال المشركين والأمر هنا عام يشمل كل مشرك بلا استثناء ، فلا فرق بين الشيخ والشاب والراهب وغيره أو الذكر والأنثى والصحيح والزمن ، فدللت هذه الآية على جواز قتلهم مطلقا بلا استثناء •

ثانيا : السنة :

وأما السنة فبقوله — صلى الله عليه وسلم — « أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً، رسول الله » (٢٤)

وجه الدلالة :

أن لفظ الناس عام أريد به خاص وهم المشركون فدل هذا الحديث

(٢٣) آية رقم ٥ من سورة التوبة •

(٢٤) تلخيص الجبير ج ٤ ص ٨٧ • زاد المسلم فيما اتفق عليه

البخارى ومسلم ج ١ ص ٥٥ عن عمرو وأبي هريرة وابن عمر رضي الله عنهم

على قتل كل من اتصف بهذا الوصف وهو الشرك أيا كانت شخصيته
راهما أو غيره .

سبب اختلاف الفقهاء في ذلك (٢٥) :

بعد أن عرضنا أدلة القائلين بجواز قتل هؤلاء الأصناف السابق ذكرهم ، وأدلة القائلين بعدم جواز قتلهم يتبين لنا أن السبب في اختلافهم يرجع إلى التعارض بين الأدلة وذلك من وجهين :

الوجه الأول :

معارضة الأحاديث التي استدلت بها الفريق الأول للعموم المستفاد من الكتاب والسنة وذلك فيما ذكرنا من أدلة الفريق الثاني ، فهذه الأحاديث معارضة للعموم الكتاب وذلك فيما ذكرنا من قوله تعالى : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » فظاهر هذه الآية تدل على جواز قتل كل مشرك بلا استثناء .

والعموم المسنة وهو حديث ابن عمر السابق ذكره « -أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله » فهو يدل على جواز قتل كل مشرك وهي تدل كما أوضحنا على عدم جواز قتل هؤلاء الأصناف .

يدفع هذا التعارض :

ويمكن لنا دفع هذا التعارض فنقول : أن من ذهب إلى القول .

(٢٥) تفسير القرطبي ج ٢ ص ٣٣٨ ، بداية المجتهد لابن رشد
ج ١ ص ٥٧٥ .

بعدم جواز القتل أن ذكروا يرى أن هذه الأحاديث التي استدلت بها لأذهبه مخصصة للعموم المستفاد من الكتاب والسنة ومن ذهب إلى القول بجواز القتل يرى أن هذه الأحاديث لا تصلح في نظره أن تكون مخصصة لا للعموم الكتابي بل للسنة وذلك إما لعدم ثبوتها ، وإما لنسخها •

وغير الثابت والمنسوخ لا يصح الاستدلال به •

الأوجه الثاني :

وهو الأولى هو معارضة الكتاب للكتاب •

فقوله سبحانه وتعالى : « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين » (٢٦) معارض لقوله سبحانه وتعالى : « فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » (٢٧) •

فمن ذهب إلى القول بجواز القتل (الشافعي ومن معه) يرى أن آية البقرة منسوخة بأية التوبة التي تدل بعمومها على جواز قتل المشركين مطلقا •

ومن ذهب إلى القول بعدم جواز قتلهم وهم (جمهور الفقهاء) يرى أن آية البقرة محكمة لا نسخ فيها وأنها لا تشمل هؤلاء الأصناف الذين لم يقاتلوا وأنها استثناء من عموم آية التوبة •

(٢٦) آية رقم ١٩٠ من سورة البقرة •

(٢٧) آية رقم ٥ من سورة التوبة •

وبهذا قال ابن عباس وعمر بن عبد العزيز ، ومجاهد وهو أصح
 نقول كما قال أبو جعفر النحاس (٢٨) •

والراجح :

بعد أن عرضنا أقوال الفريقين وذكرنا أدلة كل فريق على حده
 وبيننا سبب الاختلاف بين هذه الأدلة ودفعنا التعارض يظهر لنا أن
 القول بعدم جواز قتل هؤلاء الأصناف السابق ذكرهم هو الراجح وذلك
 لأنهم ليسوا بأهل للقتال حيث لا طاقة لهم به فيكون قتلهم فيه
 اعتداء عليهم •

وقد نهينا عنه بقوله تعالى : « ولا تعتدوا ان الله لا يحب
 المعتدين » •

والله أعلم بالصواب

ثالثا : حكم المستشار الحربى :

بالنظر الى المستشار الحربى نجد أنه محارب لأنه وان كان
 لا يشترك فى القتال بالفعل لكنه يشترك بالرأى لأن الحرب كما تحتاج
 الى أسلحة ورجال كذلك فانها تحتاج الى تخطيط حربى دقيق •

وعمل المستشار الحربى هو رسم الخطط الحربية التى يقوم
 المجاهدون بتنفيذها ، ومما لا شك فيه أن الرأى أعظم المعونة فى الحرب
 عليه يتوقف تحقيق النصر أو الهزيمة لذلك أمر النبى — صلى الله عليه
 وسلم — بقتل دريد بن الصمة مع أنه كان شيخا كبيرا لأنه كان ذا رأى
 حتى صجره قومه لأمشورة (٢٩) •

(٢٨) تفسير القرطبى ج ٢ ص ٣٤٨ •

(٢٩) انظر : سيرة ابن هشام ج ٢ ص ٤٥٣ ، والام للشافعى

ج ٤ ص ٢٤٠ •

وأما غير المقاتلين الذين لا يشتركون فعلا في الحرب ، كرئيس الدولة ، والأطباء والصيادلة والعسكريين ورجال البريد العسكري هؤلاء وان لم يقاتلوا فعلا فهم من المحاربين •

لأن رئيس الدولة يقوم بتقوية الروح المعنوية للجيش ، والأطباء ونحوهم يقدمون خدمات للمحاربين يترتب عليها أن يعود الجريح صحيحا الى معركة ثانية فيزيد من قوة العدو •

والحكم بقتل هؤلاء يتفق مع الروح العامة عند الفقهاء ويتلاءم مع واقع الحروب الاسلامية •

ولكن بعض الباحثين يرى أن يسلك مع الأطباء والمرضى خاصة في وقتنا الحاضر مسلكا يتسم بالتسامح فلا يقتلون وإنما يؤخذون أسرى حتى تنقضي الحرب لأن عملهم في الغالب الأعم انساني يشمل الطرفين المتحاربين (٣٠) •

والقانون الدولي اعتبر هؤلاء محاربين ولهم الحق في المعاملة التي يلحقها أسرى الحرب •

لكن الاسلام قد وجه اهتمامه الى حسم مادة الحرب في أقرب وقت فأجاز قتل من يعتبر في حكم المقاتلين مثل هؤلاء • واقتصر القادون الدولي على أن يؤخذوا أسرى حرب (٣١) •

(٣٠) انظر : السياسة الشرعية للمرحوم عبد الوهاب خلاف ص ٨٩

المكتبة السلفية عام ١٣٥٠ هـ •

(٣١) انظر : أثار الحرب في الفقه الاسلامي ص ٥٥ للدكتور وهرية

رابعاً : حكم الرسل في الحرب :

أجمع الفقهاء على أن الرسل لا يقتلون (٣٢) واستدلوا على ذلك بما روى عن أبي وائل قال : لما قتل عبد الله بن مسعود ابن النواحة قال : ان هذا وابن آثال قد كانا أتيا رسول الله — صلى الله عليه وسلم — رسولين لمسيمة فقال لهما رسول الله — صلى الله عليه وسلم — او كنت قاتلا رسولا لضربت أعناقكما (٣٣) •

هذه السنة التي سنها النبي — صلى الله عليه وسلم — واتبعها صحابته قد درجت على جميع الممثلين الدبلوماسيين والأجانب حتى ولو لم تراع حولة هؤلاء المعاملة بالمثل لذا منع الغدر برسلى الأعداء هذا مما لا شك فيه اسمى مما نراه في القوانين والاعراف الدولية •

خامساً : النهى عن التمثيل في الحرب :

ومن الآداب الإسلامية في القتال النهى عن التمثيل بجثث القتلى من الأعداء •

وقد أجمع (٣٤) الفقهاء على تحريم المثلة واستدلوا على ذلك بما يأتى :

١ — ما روى عن صفوان بن عسال قال : بعثنا رسول الله صلى

(٣٢) انظر : نهاية المحتاج ج ٨ ص ٦١ ، والمهذب للشيرازى ج ٢

ص ٢٣٤ وحاشية البيهقي ج ٤ ص ٤٥٣ والبحر الزخار ج ٥ ص ٢٩٨

(٣٣) رواه أحمد وأحمد والحاكم من حديث ابن مسعود رضى الله عنه •

وأبو داود وابن سنانى — راجع تلخيص الحبير ج ٤ ص ١٠٣/١٠٤ •

(٣٤) انظر : نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٢٤٩ ، سبل السلام

للصنعانى ج ٤ ص ٤٦ •

الله عليه وسلم — في سرية فمقال : « سيروا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله ، ولا تمثلوا ولا تغدروا ، ولا تقتلوا وليدا » (٣٥) .

٢ — ما روى عبد الله بن زيد قال : نهى النبي — صلى الله عليه وسلم — عن النهب والمثلة (٣٦) .

٣ — ما روى عن عمران بن حصين قال : كان النبي — صلى الله عليه وسلم — يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة (٣٧) .

٤ — ما روى أن عمر بن الخطاب قال لرسول الله — صلى الله عليه وسلم — دعنى أنتزع ثنية سهيل بن عمرو يدلع لسانه فلا يقوم عليك خطيبا في موطن أبدا فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — لا أمثل به فيمثلك الله بى وإن كتكت نبيا (٣٨) .

٥ — ما روى عن على بن أبى طالب قال كان رسول الله — صلى الله عليه وسلم — إذا بعث جيشا من المسلمين الى المشركين قال : « انطلقوا باسم الله ... ولا تغورن عينا ولا تعقرن شجرا الا شجرا يمنعكم قتالا أو يحجز بينكم بين المشركين ولا تمثلوا بأدمى ولا بهيمة (٣٩) » .

(٣٥) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٨ مكتبة دار التراث بالقاهرة كتر

العمال ج ٤ ص ٣٩١ .

(٣٦) سبل السلام ج ٤ ص ٤٦ .

(٣٧) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٧ .

(٣٨) البداية والنهاية ج ٣ ص ٣١٠ لابن الأثير .

(٣٩) رواه البيهقي فى البينين الكبيرى ج ٩ ص ٩١ . كثر العمال

ج ٤ ص ٤٧٨ .

وجه الأدلة من هذه الأحاديث :

هذه الأحاديث كلها مروية عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وهي تنتهي عن التمثيل في الحروب والنهي في الأصل للتحريم ما لم يكن هناك صارف إلى غيره ولا صارف هنا فدللت هذه الأحاديث كلها على تحريم المثل في الحروب •

التعذيب بالنار :

ومما يتصل بتحريم المثلة التعذيب بالنار فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم — عن التحريق بالنار أشد النهي واعتبره اعتداء على حق الإلهوية وهك الأحاديث التي تدل على نهى التحريق بالنار فيما يلي :

١ — ما روى عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — أنه قال :
ولا ينبغي أن يعذب بالنار إلا رب النار (٤٠) •

٢ — ما روى أبو هريرة رضى الله عنه — قال : بعثنا رسول الله — صلى الله عليه وسلم — في بعث فقال : ان وجدتم فلانا وفلاناً فأحرقوهما بالنار ، ثم قال حين أردنا الخروج انى كنت أمرتكم أن تحرقوا فلاناً وفلاناً ، وان النار لا يعذب بها إلا الله ، فان وجدتموهما فاقتلوهما (٤١) •

— ما روى عن على — رضى الله عنه — أتى بزنادقة فأحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال : لو كنت أنا لم أحرقهم لنهى النبي — صلى الله عليه وسلم — لا تعذبوا بعذاب الله (٤٢) •

(٤٠) نصب الراية للزيلعي ج ٣ ص ٤٠٧ •

(٤١) أخرجه البخارى • انظر فتح البارى ج ٦ ص ١٤٩ ، نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ٢٤٨ •

(٤٢) أخرجه البخارى • انظر فتح البارى ج ٦ ص ١٥٩ •

وجه الدلالة :

ان هذه الأحاديث وان كانت أخبارا الا أنها بمعنى انتهى والنهى
فى الأمثال للتحريم مالم يكن هناك صارف ولا صارف هنا فدللت هذه
الأحاديث على تحريم التعذيب بالنار •

وان قيل أن النبى — صلى الله عليه وسلم — سمل أعين العربيين
بالحديد •

يجاب على ذلك بما يأتى :

١ — أن حديث العربيين منسوخ بالأحاديث السابقة لما ورد فيه
لفظ البيهقى قال أنس ما خطبنا رسول الله — صلى الله عليه وسلم —
بعد هذا خطبة الا نهى نهيا عن المثلة (٤٣) •

٢ — واما أن يكون من باب المعاملة بالمثل عقوبة على جريمتهم
قال ابن حجر ومال جماعة منهم ابن الجوزى الى أن ذلك وقع عليهم
على سبيل المقاص لما عند مسلم من حديث سليمان التميمى عن أنس
« انما سمل النبى — صلى الله عليه وسلم — أعينهم لأنهم سملوا أعين
الرعا » (٤٤) •

٣ — قال أستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة أن حديث
العربيين مع اتفاقنا عليه فهو خبر آحاد ، وإذا تعارض خبر الآحاد مع
مبادئ الاسلام المقررة انما يثبت من عدة طرق عن النبى — صلى الله عليه وسلم —
عنه وسلم — فى النهى عن المثلة والإحسان الى المقتول ، فإنه لا يؤخذ
به ولا نقبل روايته ويكون ذلك طعنا فى نسبته (٤٥) •

(٤٣) ذكر ذلك الزيلعي فى نصب الراية ج ٣ ص ٢٨٥ •

(٤٤) انظر : فتح البازى ج ١ ص ٢٩٠ تحقيق سيد صقر •

(٤٥) انظر : كتابه أبو حنيفة ص ٢٥٠ •

نقل رؤوس القتلى :

ومما يتصل بالمثلثة نقل رؤوس القتلى من بلادهم الى بلاد المسلمين •

فقد كره الفقهاء ذلك واستحلوا على ذلك بما يأتى :

١ — ما روى البيهقى عن عبد الله ، رضى الله عنه قال : قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — أعف الناس قتلة أهل الأيمان (٤٦) •
وجه الدلالة : هذا الحديث يدل على تحريم المثلثة وحمل الرؤوس من بلادهم الى بلاد المسلمين •

٢ — ما روى عن الزهرى أنه قال : لم يحمل الى النبى — صلى الله عليه وسلم — رأس قط وحمل الى أبى بكر الصديق فأكره وأول من حملت اليه الرؤوس عبد الله بن الزبير (٤٧) •

وجه الدلالة : أن عدم حمل رأس الى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وانكار سيدنا أبى بكر ذلك حينما حمل اليه دليل على كراهية نقل الرؤوس من بلادهم الى بلاد المسلمين •

بهذا يتضح لنا الفرق بين تعاليم الاسلام التى تهافت الى المحافظة على كرامة الإنسان التى منحها الله له بمقتضى إنسانيته حيث قال الله سبحانه وتعالى : « ولقد كرّمنا بنى آدم » (٤٨) وليس من الغريب أن

(٤٦) انظر : سنن البيهقى ج ٩ ص ٧١ •

(٤٧) انظر : المغنى لأبى قدامة ج ٨ ص ٤٩٤ •

(٤٨) الآية ٧٠ من سورة الاسراء •

تحتزم الكرامة الانسانية في الحروب الاسلامية ، لأن الحرب في نظر الاسلام انما هو وسيلة يلجأ اليها عند الضرورة •

هذه هي تعاليم الاسلام السامية والتي تخلف بلا شك تعاليم الأمم المتحضرة المبذية على الظلم والبنى والعدوان لأنها مستمدة من الطباع البشرية •

إذا فلانهم يقتلون النساء والصبيان والشيوخ والعجزة وغيرهم بل وينتهكون أعراض النساء ويمثلون بجث القتلى ويشوهونها •
والله أعلم بالصواب

المطلب الثالث : أسباب النصر في الاسلام :

تمهيد : شرع الله سبحانه وتعالى الجهاد وبين لنا الغرض منه وهو أن يكون في سبيل الله والانتصار على العدو لانتظار الحق وازهاق الباطل، ومن المعلوم أن الصراع بين الحق والباطل سنة من سنن الاجتماع البشرى ، وقد حث الله سبحانه عباده على السير في الأرض والتأمل فيما حل بالأمم السابقة قبلهم ليحصل لهم العلم الصحيح المبني على المشاهدة والاختبار ، ويسترشدوا بذلك الصراع الذي وقع بين الحق والباطل في الأمم السابقة حيث انتصر أهل الحق على أهل الباطل بتمسكهم بسنن الله واتباع ما أمر الله به من الاستعداد للحرب واعداد العدة لقتال العدو (١) •

قال تعالى : « قد خلت من قبلكم سنن قسروا في الأرض فانظروا كيف كان عاقبة الكافرين ، هذا بيان للناس وهدى وموعظة للمتقين » (٢)

(١) انظر : تفسير المراغى ج ١ ص ٧٤ •

(٢) الأيتان ١٣٧ ، ١٣٨ من سورة آل عمران •

وقال أيضا : « **والو قاتلكم الذين كفروا لولوا الأتبار ثم لا يجنون ولما ولا نصيرا سنة الله التي قد خلت من قبل وان تجد لسنة الله تبديلا** » (٣) .

وقد وعد الله تعالى بنصر الحق على الباطل مهما كانت له من صولة . وجاء هذا الوعد على السنة رسله جميعا قال الله تعالى : « ولقد سبقت كلمتنا لعبادنا المرسلين انهم لهم المنصورون وان جندنا لهم الغالبون » (٤) فالله سبحانه وتعالى جعل نصر عباده الذين يجاهدون في سبيله ظاهرة كونية وسنة من سنن الوجود ولا تتغير ولا تتبدل . وفي هذا يقول بعض الباحثين : بالنظر في الآيات الواردة في هذا الشأن نجد أنها أرشدت بأن الله سبحانه وتعالى انما ينصر بمقتضى سنته في خلقه من ينصره ويتبقي باقامة العدل وقرار الأمن وبث الطمأنينة ولا يتخذ الحرب أداة للتخريب والافساد وانما وسيلة الى عمارة الكون وانفاذ أمر الله في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (٥) ويقول أيضا (٦) وفي القرآن الكريم آيات كثيرة تحمل عادة الله لعباده المؤمنين بالنصر والتأييد وعلو الكلمة ونفوذ السلطان ، ولكنها لم تجعل هذه العدة منحة تقزى عليهم من السماء لجرد أن يقولوا ربنا الله أو لجرد أنهم منتسبون الى دين الله ، وانما جعل عادة النصر لمن عرفه واجب الايمان في حق نفسه ، ثم أخلص في القيام بهذا الواجب حينئذ يكون قد أوفى بم عهد الله فيوفى بمعهده قال تعالى : « وأوفوا بمعهدي أوفه بمعهديكم » (٧) ولهذا نفى القرآن الكريم أن يكون نصر الله بمجرد

(٣) سورة الفتح الآية ٢٢ ، ٢٣ .

(٤) سورة الروم الآية ٤٧ .

(٥) راجع : تفسير القرآن الكريم للشيخ شلتوت ص ٣٤٤ .

(٦) راجع من توجيهات الاسلام ص ٣٧٢ .

(٧) سورة البقرة الآية ٤٠ .

الانتماء الى دين أو كتاب أو بالتمنى والأمان حيث قال جل شأنه
 « ليس بأمانيتكم ولا أمانى أهل الكتاب من يعمل سوءا يجز به ولا يجد
 له من دون الله وليا ولا نصيرا ، ومن يعمل من الصالحات من ذكر أو
 أنثى وهو مؤمن فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون نقيرا » (٨) •

والباحث المتأمل اذا حقق النظر في آيات الجهاد الواردة في
 القرآن الكريم ، يجد أنها رسمت طريق النصر واضحا جليا ، وبينت
 أسباب الهزيمة وهى بحق تعد حسورا كاملا للنصر وأسباب
 الهزيمة (٩) •

ويستنتج من كل ما سبق أن النصر في الجهاد يرتكز على دعامتين
 أساسيتين هما :

١ - الاعداد المادى •

٢ - الاعداد المعنوى •

وسوف نتكلم بشئ من التفصيل عن كل واحدة منهما •

أولها : الاعداد المادى :

من أسباب النصر في الجهاد الاستعداد للاقتاة الأعداء عملا بقوله
 تعالى : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون
 به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لا تعلمونهم الله يعلمهم
 وما تنفقوا من شئ في سبيل الله يوف اليكم وأنتم لا تظلمون » (١٠) •

(٨) سورة النساء الآيتان ١٢٤ ، ١٢٤ •

(٩) راجع آيات الجهاد ص ١١١ •

(١٠) سورة الانفال الآية رقم ٦٠ •

أمر الله سبحانه وتعالى عباده المؤمنين في هذه الآية الكريمة أن يستعدوا لقتال عدوهم الذي لا بد منه لنصر الحق والعدل وبث الطمأنينة بين الناس ، ودفع عوان المعتدى وشره ، وإنما أمر الله سبحانه وتعالى بذلك لأن الأعداد للحرب وسيلة من أقوى الوسائل لتجنبها ولا يخفى أن الذي قرر هذا المبدأ هو الحكيم العليم بخفايا النفوس والنفس الانسانية قد يردعها الخوف فيثنيها عن الاعتداء فيكون ذلك مدعاة الى المعيش في أمن وسلام •

(وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة) بالنظر في هذا النص القرآني الكريم نجد أنه ترك تحديد القوة المطلوبة لأن الأعداد يختلف باختلاف درجات الاستطاعة ونوع القوة في كل زمان ومكان

لذا : فإنه يجب على الأمة الاسلامية أن تحشد كل ما تستطيع حشده من قوة لمواجهة عدوها في حدود طاقتها بحيث لا تقصر في اتخاذ أى سبب من أسباب القوة يدخل تحت طاقتها •

وفي هذا يقول بعض الباحثين (١١) •

والشرائع السماوية جعلت القوة سلاخا للحق تحميه وتدافع عنه قال تعالى « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد » (١٢) •

وقد وضح لنا القرآن الكريم الأسس والقواعد التي يقوم عليها أعداد القوة المادية ومنها : أعداد الرجال المقاتلين وهذا الأعداد يقتضى التدريب على فنون الحرب تمثيلا مع الواقع الملموس ، لوذا فقد درب

(١١) الجهاد للدكتور عبد الحلیم محمود ص ١٤ المؤتمر الرابع •

(١٢) سورة الحديد الآية ٢٥ •

النبي - صلى الله عليه وسلم - رجاله على فنون الحرب واشترك معهم في الاستعداد للقتال ، وعد السعى في هذه الميادين خطوات من أجل القرب وأقدس العبادات (١٣) •

وقد كان - صلى الله عليه وسلم - يحث المسلمين على التدريب على المفروسية والسباحة والرهل بالنبل (١٤) •

روى عن عقبة بن عامر - رضى الله عنه - يقول : سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو على المنبر يقول : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة » ألا أن القوة الرمي ، ألا أن القوة الرمي ، ألا أن القوة الرمي وهذا كما قال بعض المفسرين من قبيل : « الحج عرفة » بمعنى أن كلا منهما أعظم الأركان في بابه ، وإنما كان الرمي في الحروب هاما لأن رمي العدو من بعد بما يؤدي إلى قتله أسلم من مناجزته عن قرب ، وإطلاق الرمي في الحديث يشمل كل ما يرمى به من سلاح أيا كان نوع هذا السلاح (١٥) •

وروى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : « كل شيء يلهو به الرجل باطل إلا رميه بقوسه وتأدييه فرسه وملاعبته أهله فإنه من الحق » •

قال القرطبي : إن كل ما يتلهى به الرجل مما لا يفيد في المعاجل ولا في الآجل فائدة فهو باطل والاعراض عنه أولى وهذه الأمور الثلاثة فإنه وإن كان يفعلها على أنه يتلهى وينشط فإنها حق لاتصالها بما قد

(١٣) راجع : تفسير القرآن للشيخ شلتوت ص ٢٤٢ •

(١٤) فقه السيرة للزبلي ص ٣٢٢ •

(١٥) المؤتمر الرابع ص ٣٦٢ أسباب النصر التي شرعها الله تعالى

يفيد فان الرمي بالقوس وتأديب الفرس من الأمور التي تعاون على القتال ، وملاعبة الأهل قد تؤدي الى ما يكون عنه ولد يوحده الله ويعبده فلذا كانت هذه الأمور الثلاثة من الحق (١٦) •

وعن سلمة بن الأكوع أن النبي — صلى الله عليه وسلم — مر على نفر من أسلم يفضلون بالسهام فقال — صلى الله عليه وسلم — ارموا بنى اسماعيل فان أباكم كان راميا وأنا مع بنى فلان ، قال فأمسك أحد الأريئين بأيديهم فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — مالكم لا يترمون ؟ قالوا : وكيف نرمي وأنت معهم ؟ فقال — صلى الله عليه وسلم — « ارموا وأنا معكم كلكم » (١٧) دل هذا الحديث على أن الإسلام رغب في تعلم الرمي والمناضلة بقصد الجهاد في سبيل الله تعالى •

وقد أثر عن عمر بن الخطاب — رضي الله عنه — أنه قال : علموا أولادكم السباحة والرمية و مروهم فليثبوا على الخيل وثبا •

ريمه هذا نستطيع أن نقول : المواجه على الأمة الإسلامية أن تعنى بتربية الأجيال الناشئة تربية جسمية وعقلية وخلقية لأن العناية بهذه النواحي الثلاث تؤدي الى وجود رجال أقوياء يستطيعون قهر الاعتداء عند اللقاء لأنهم حينذاك يقاتلون بصدق وأخلاص لحماية دينهم وعرضهم ومالهم ووطنهم ، ومما لا شك فيه أن من قاتل في سبيل الله وأمتلا قلبه ثقة بنصر الله فان الله سينصره قال تعالى : « وكان حقا علينا نصر المؤمنين » •

(١٦) راجع : تفسير القرطبي ج ٨ ص ٣٦ ، وفقه السنة ج ١١ ص ٩٥ •

(١٧) انظر : صحيح البخاري ج ٤ ص ٥٥ وأحكام القرآن لابن العربي ج ٤ ص ٨٦١ ، ٨٦٢ •

ومن القوة المطلوب إعداها محاكاة العدو فيما يعده من وسائل الدفاع والهجوم فيجب علينا أن نصنع مثل ما يصنع لنعاضله في القوة ونفضل عليه لأننا ندافع عن الحق وهو يدافع عن الباطل ، والباطل لا محالة زائل يؤيد هذا ما روى أن أبا بكر الصديق — رضى الله عنه — وصى خالد بن الوليد فقال له : « إذا لقيت القوم فقاتلهم بالسلاح الذى يقاتلونك به ، السهم للسهم ، والرمح للرمح ، والسيف للسيف » •

اذن يجب علينا أن نعد للعدو جميع أنواع الأسلحة التى نستطيع صنعها أو الحصول عليها لمواجهة ما نعد ذلك نكون قد فعلنا ما أمرنا الله به وخرجنا عن عهدة التكليف ، أما إذا لم نفعل ذلك وكان فى استطاعتنا حينئذ لم نخرج عن عهدة التكليف الذى أمرنا الله به (١٨) •

رباط الخيل :

ومن الأعداد المأدى : رباط الخيل قال تعالى : (ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ٠٠٠) (١٩) الآية وقد بين لنا القرآن الكريم أن الأنبياء والمرسلين قد أدلوا الخيل عناية خاصة من ذلك أن سليمان عليه السلام عندما احتاج الى الغزو أمر باحضار الخيل وأمر باجرائها ثم أمر باعدادها حتى غابت عن بصره ثم أمر الرائضين أن يردوها عليه فلما عادت اليه طفق يمسح سوقها وأعناقها تشريفا لها لكونها من أعظم العون فى دفع العدو (٢٠) يوضح هذا قول الله تبارك وتعالى : « ووهبنا لداود سليمان نعم العبد أنه أواب اذ عرض عليه بالعشى الصافنات الجياد ، فقال انى أحببت حب الخير عن ذكر ربى

(١٨) الجهاد فى التشريع الإسلامى ص ٧٣ د • محمود محمد على •

(١٩) سورة الأنفال الآية ٦٠ •

(٢٠) راجع آيات الجهاد فى القرآن الكريم ص ١١٧ ، ١١٨ •

حتى توارت بالحجاب ردها على فطفق مسحا بالسوق والأعناق» (٢١) •

ونبينا محمد - صلى الله عليه وسلم - قد رغب في اقتناء الخيل والقيام عليها لما فيها من الأجر والغنيمة والقوة المخيفة للأعداء في عهده - صلى الله عليه وسلم - يؤيد هذا ما ورد من أحاديث في فضل الخيل ، جاء في صحيح البخاري (٢٢) « الخيل معقود في نواصيها الخير الى يوم القيامة الأجر والمغنم » ورد أيضا « من احتبس فرسا في سبيل الله ايماننا وتصديقنا لوعده فان شبعه وريه وبوله في ميزانه يوم القيامة » •

والرباط يتضمن معاني ثلاثة (٢٣) :

١ - الحراسة بحيث لا توجد ثغرة ينفذ منها العدو الى الديار الاسلامية اقول الامام على رضى الله عنه - (ماغزى قوم في عسكر دارهم الا ذلوا) •

٢ - ارباب العدو وجعله في خوف ووجل مستمرين اذ يعلم أن وراءه المراقبة جيشا يحمي الديار •

٣ - أن يكون هناك استعدادا للقتال يكون معه مران وتدريب فيتكامل بذلك الاستعداد ولا يؤتى المؤمنون على غرة قط •

ويؤيد الأحاديث الواردة في هذا الشأن : جاء في صحيح البخاري (٢٤) : « رباط يوم في سبيل الله خير من الدنيا وما عليها »

(٢١) سورة ص الآيات من ٣٠ الى ٣٣ •

(٢٢) راجع : صحيح البخارى ج ٤ ص ٢٤ •

(٢٣) راجع الجهاد للشيخ أبى زهرة ص ٧ المؤتمر الرابع •

(٢٤) انظر : صحيح البخارى ج ٤ ص ٤٢ •

وجاء في نيل الأوطار (٢٥) : « عن سلمان الفارسي — رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يقول : رباط يوم وليلة خير من صيام شهر وقيامه وإن مات أجرى عليه عمله الذى كان يعمل ، وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان ، زاد الطبراني : ويبعث يوم القيامة شهيدا » .

وعن عثمان — رضى الله عنه — قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم — يقول : « رباط يوم في سبيل الله خير من ألف يوم فيما سواه من الخاﺯل » (٢٦) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

هذه الأحاديث تدل على أن الرباط أفضل الأعمال يبقى ثوابه مستمرا بعد الموت ، كما أن الرباط يضاعف له الأجر الى يوم القيامة، كما تدل أيضا : على الاهتمام بحراسة الثغور حتى لا يفاجئ العدو المسلمين في عقر دارهم لأن في مفاجئتهم زلا لهم .

الغرض من الاعداد المأدى :

أن الغرض من هذا الاعداد هو ارباب العدو عملا بقوله تعالى : « ترهبون به عدو الله وعدوكم » لأن العدو اذا اعلم أننا مستعدون لقتاله هابه ذلك وربما طلب المسالمة والأمان ، لأن العدو يهاب القوة أكثر مما يهاب الله ، لأنه لا يعرف الله ، ولأن القوة شيء مادي يراه ويحدث في نفسه الاضطراب والقلق ، ولكن الله تعالى لا يراه الا العاقلون المؤمنون (٢٧) محذاق ذلك قول الله تعالى : « لأنتم أشد رهبة في صدورهم من الله » (٢٨) .

• (٢٥) نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ٢٣٨ .

• (٢٦) المرجع السابق ج ٧ ص ٢٢٧ .

• (٢٧) الجهاد في التفكير الإسلامى ص ٥٢ .

• (٢٨) سورة الحشر الآية ١٣ .

والاعداد المادى يستلزم بذل المال وانفاقه فى سبيل الله لاعداد
القوة المشار اليها *

لذا : نجد أن الله تعالى قد ختم الآية بقوله تعالى : « وما تنفقوا
من شيء فى سبيل الله يوف اليكم وأنتم لا تظلمون » (٢٩) قريبط المولى
سبحانه الانفاق باعداد القوة وقد حذر من التقصير فى هذا الشأن حيث
قال سبحانه « وأنفقوا فى سبيل الله ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » (٣٠)
ربط أكثر المفسرين هذه الآية بالحرب حيث قالوا ان التهلكة هنا معناها
البخل بالقليل من النفس والأموال ، وهذا البخل يترتب عليه التهلكة
العامة وضياح كل النفس والأموال ، وعلى هذا فالأمة التى لا تستعد
ولا تضحي ببعض ماله وبعض رجالها تجلب الذلة والفناء لكل الرجال
وكل الأموال *

الدعاة الثانية : الاعداد المعنوى :

ومن الاعداد للقتال تقوية الروح المعنوية لدى المجاهد ، وقد
اهتم التشريع الإسلامى بذلك حتى أنه لم يدع بابا فى هذا الموضوع
الأسلحة ، فالإسلام رعى المجاهدين فى سبيل الله على حقيقة الايمان
التي تؤدي الى تقوية الروح المعنوية للمقاتل *

ومن الايمان التزود بالمتقوى وقد اعتبر القرآن الكريم التزود
بالمتقوى خير زاد للمقاتل فى سبيل الله قال الله تعالى : « وتزودوا فان
خير الزاد التقوى واتقون يا أولي الألباب » (٣١) وقد تعالى :

• (٢٩) سورة الأنفال آية رقم ٦٠

• (٣٠) سورة البقرة الآية ١٩٥

• (٣١) سورة البقرة الآية ١٩٧

« وان تصبروا وتتقوا لا يضركم كيدهم شيئا » (٣٢) وقال تعالى :
 « وان تصبروا وتتقوا فان ذلك من عزم الأمور » (٣٣) وقال تعالى :
 « ان الله مع الذين اتقوا والذين هم محسنون » (٣٤) *

وجه الدلالة من هذه الآيات القرآنية الكريمة :

أبى الله سبحانه وتعالى يبين لنا من هذه الآيات أن التقوى عامل
 المنصر في القتال لأن المقاتل اذا لقي ربه ، امتلأت نفسه بعظمة الله
 وقدرته ، وصغر عندها كل ما سواه *

اذ التقوى صيانة النفس من كل دنس ، فاذا سار المجاهدون على
 هذا النمط الالهي قويتم روحهم المعنوية ، وكان الله معهم في كل وقت
 وحين يمددهم بعونه ويربط على قلوبهم ويثبت أقدامهم وبذلك
 ينتصرون على عدوهم *

وهن عوامل النصر المعنوية أيضا : الصبر :

وقد بين المولى سبحانه وتعالى أن الصبر على مشاق الجهاد هو
 أساس النصر ، وقد وردت في القرآن الكريم آيات كثيرة تحت على
 الصبر من ذلك قوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا استعينوا بالصبر
 والصلاة ان الله مع الصابرين » (٣٥) وقاله تعالى : « كم من فئة قليلة
 غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع الصابرين » (٣٦) وقال تعالى :
 « وان تصبروا وتتقوا فان ذلك من عزم الأمور » (٣٧) *

(٣٢) سورة آل عمران الآية ١٢٠ *

(٣٣) سورة آل عمران الآية ١٨٦ *

(٣٤) سورة النحل الآية ١٢٨ *

(٣٥) سورة البقرة الآية ١٥٢ *

(٣٦) سورة البقرة الآية ١٧٧ *

(٣٧) سورة آل عمران الآية ١٨٦ *

وجه الدلالة من هذه الآيات :

أن الله سبحانه وتعالى وعد الصابرين بالمعونة والنصر والتأييد،
ومن كان الله معه بعزته التي لا تغلب ويقدرته التي لا تقهر فإن
يصيبه ذل ولن تلحقه هزيمة ، وقد يبين الله في الآية الثانية أن الفئة
القليلة تغلب بالصبر والثبات وطاعة القواد الفئة الكثيرة التي أعوزها
الصبر ، والاتحاد مع طاعة القواد لأن نصر الله مع الصابرين ، على أن
مسيرته وسنته بأن يكون النصر أثرا للثبات ولصبر ، وأن أهل الجزع
والجبن هم أعوان لعدوهم على أنفسهم وأبيتهم (٣٨) .

ومن عوامل النصر أيضا : التوكل على الله والثقة بوعده ، وتفويض
الأمر إليه :

وذلك بعد التماس الأسباب التي أمر الله بها ، وقد وردت في
القرآن الكريم آيات تدعو المجاهدين الى التوكل على الله من ذلك
قوله تعالى : « ومن يتوكل على الله فهو حسبه » (٣٩) وقوله تعالى :
« وعلى الله فتوكلوا ان كنتم مؤمنين » (٤٠) وقال تعالى : « ان
ينصركم الله فلا غالب لكم وان يخذلكم فمن ذا الذي ينصركم من بعده
وعلى الله فتوكل المتوكلون » (٤١) وقال تعالى : « وان جنحوا للسلم
فاجنح لها وتوكل على الله انه هو السميع العليم » (٤٢) .

(٣٨) انظر المؤتمر الرابع لمجمع البحوث الاسلامية ص ٢٦٩ .

(٣٩) سورة الطلاق الآية ٣ .

(٤٠) سورة المائدة الآية ٢٢ .

(٤١) سورة آل عمران الآية ١٩٠ .

(٤٢) سورة الأنفال الآية ٦٠ .

فالتوكل على الله : هو الاعتماد مع اظهار المعجز (٤٣) قال تعالى : « فاذا عزمتم فتوكل على الله ان الله يحب المتوكلين » جاء في تفسير المنار (٤٤) : ان العزم على الفعل واحكام الرأى والمشاورة «أخذ الأهبة لا يكفى للنجاح الا بمعونة الله وتوقيفه اذن فلا بد المؤمن من الاتكال على الله لا على حوله وقوته هو » ان الله يحب المتوكلين « مع العمل بالأسباب ، ومن أحبه الله عصمه من الغرور باستعداده والركون على عفته وعताده .

والله سبحانه هو الخبير بخفايا النفوس يعلم ما الايمان الصادق وما للروح المعنوية القوية من أثر بالغ في صدق الدفاع والذمر لهذا جعل المؤمن الصادق يساوى في المعركة عشرة رجال حيث قال : « يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم مائة يغلبوا ألفا من الذين كفروا بأنهم قوم لا يفقهون » (٤٥) .

ثم رأى جل شأنه أن هذا المقاتل المثالى قليل الوجود فجعل المؤمن الواحد يساوى اثنين من الأعداء من باب التخفيف والرحمة حيث قال : « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا الفين باذن الله والله مع الصابرين » (٤٦) .

(٤٣) القرطبي ج ٨ ص ٣٤ .

(٤٤) راجع : تفسير المنار ج ٤ ص ٢٠٠ .

(٤٥) سورة الأنفال الآية ٦٥ .

(٤٦) سورة الأنفال الآية ٦٦ .

فهذا يدل على أن للقوة المعنوية أثرها الذي لا يخفى على أحد
 في ميدان القتال •

لذا : فان الاسلام يعتمد على الروح المعنوية أكثر مما يعتمد
 على القوة المادية لأن القرآن الكريم لا يهتم بالكم بقدر ما يهتم
 بالكيف ، وعلى هذا فان أعداد جماعة ولو صغيرة اعدادا شاملا على
 التحدي الذي وصفناه في هذا المبحث أعظم من الكثرة التي ينقصها
 الاعداد النفسى والبدنى والفكرى مصداق ذلك قوله الله تبارك
 وتعالى : « كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع
 الصابرين » •

(والله أعلم بالصواب)

أهم مراجع البحث

أولا القرآن الكريم وعلومه :

- ١ - القرآن الكريم .
- ٢ - أحكام القرآن لابن العربي ط / الحلبي ١٣٧٦ هـ .
- ٣ - أحكام القرآن للجصاص ط / ١٣٣٥ هـ .
- ٤ - تفسير القرطبي ط / دار الكتب عام ١٣٦٩ هـ .
- ٥ - تفسير القرآن الكريم للمرحوم الشيخ محمد شلتوت .
- ٦ - تفسير القرآن الكريم للشيخ حسنين مخلوف ط . الثالثة الكويت .
- ٧ - تفسير القرآن الكريم للشيخ المراغي .
- ٨ - تفسير المنار للشيخ محمد عبده .

ثانيا : الحديث وعلومه :

- ١ - أحكام الأحكام (شرح عمدة الأحكام) لابن دقيق العيد ط الأولى ١٩٧٦م دار الشعب .
- ٢ - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني ط . الأولى سنة ١٩٧٩م بيروت .
- ٣ - تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني ط المدينة المنورة ١٩٦٤م .
- ٤ - زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم .
- ٥ - سبيل السلام للصنعاني ط / الحلبي ١٩٥٠م .
- ٦ - سنن أبي داود ط / الحلبي ١٣٧١ هـ .
- ٧ - السنن الكبرى للبيهقي ط حيدر آباد الدكن .
- ٨ - صحيح البخاري .
- ٩ - صحيح مسلم ط / المصرية .

١٠ - فتح الباري بشرح البخارى • تحقيق سيد صقر •

١١ - كنز العمال •

١٢ - نصب الراية للزيلعى •

١٣ - نيل الأوطار للشوكانى ط / مكتبة دار التراث •

ثالثا : كتب الفقه الإسلامى :

(أ) المذهب الحنفى :

١ - بدائع الصنائع ط / ١٣٢٨ هـ •

٢ - الفتح القدير ط / الأميرية ١٣١٦ هـ •

(ب) المذهب المالكى :

١ - بداية المجتهد لابن رشد • ط / مكتبة الكليات الأزهرية ، ط /

الاستقامة ١٩٢٨ م •

٢ - جواهر الاكليل شرح مختصر خليل •

٣ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ط / عيسى البابى الحلبي •

٤ - الشرح الصغير للرددير • مكتبة على صبيح بالأزهر •

٥ - قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المالكى ١٣٤٠ هـ •

(ج) المذهب الشافعى :

١ - الأم للشافعى • ط / الأميرية ١٣٢١ هـ •

٢ - حاشية البيجرمى •

٣ - مغنى المحتاج • ط / الحلبي ١٣٧٧ هـ •

٤ - المهلب للشيرازى ط / ١٩٥٩ م •

٥ - نهاية المحتاج ط / الحلبي ١٣٥٧ هـ •

٦ - رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة لمحمد بن عبد الرحمن الشافعى ط

الثالثة ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م •

(د) المذهب الحنبلي :

- ١ - المغنى لابن قدامة ط / المنار ١٣٦٧ هـ .
- ٢ - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى ط . الأولى ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م بيروت .

(هـ) المذهب الظاهرى :

- ١ - المحلى لابن حزم ط / الامام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦ هـ تحقيق لجنة احياء التراث العربى بيروت

(و) المذهب الشيعى :

- ١ - البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأئصار للإمام أحمد المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ ط / السنة المحمدية سنة ١٣٦٨ هـ .

رابعاً : كتب اللغة :

- ١ - المصباح المنير للفيومى .
- ٢ - المعجم الوسيط (مجمع اللغة العربية) . بالقاهرة .

خامساً : كتب التاريخ :

- ١ - سيرة ابن هبام ط / ١٣٨٣ هـ .

سادساً : كتب عامة :

- ١ - أثار الحرب فى الفقه الاسلامى للدكتور / وهبة الزحيلي .
- ٢ - آيات الجهاد فى القرآن الكريم للدكتور / كامل الشقن .
- ٣ - الجهاد فى الشريعة الاسلامية المؤتمر الرابع للبحوث الاسلامية .
- ٤ - الجهاد للدكتور عبد الحليم محمود . المؤتمر الرابع ١٩٦٨ م .
- ٥ - الجهاد فى التشريع الاسلامى د/ محمود محمد على ط / أولى ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م .

- ٦ - الجهاد في التفكير الاسلامي د. أحمد شلبي ١٩٦٨م .
- ٧ - السياسة الشرعية للمرحوم عبد الوهاب خلاف . المكتبة السافنة
١٣٥٠هـ .
- ٨ - فقه السيرة للغزالي ط / ١٩٦٥م .
- ٩ - المؤتمر الرابع لجمع البحوث الاسلامية ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م -
والله المستعان والموفق

حق الفرد في الإسلام

للككتور عبد الصمد سيد محمد صميحة

المبحث الثاني

الحق الاجتماعي للفرد في الإسلام

المطلب الأول : حق العمل

أولاً : دعوة الإسلام الى العمل :

لم يعرف الإسلام التواكل — أو البطالة — ولم يقرهما — بل ان الأنبياء جميعا كانوا يعملون كسبا للقوت (١) لذلك كان تقدير الإسلام للعمل عظيما — يقول الله تعالى : « فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله » (٢) ويقول صلى الله عليه وسلم : « ان من الذنوب ذنوبا لا يكفرها الا الوم في طلب المعيشة » (٣) رواه الطبراني في الأوسط — وأبو نعيم في الحلية من حديث أبي هريرة

(*) نشر الجزء الأول من هذا البحث في العدد السابع من هذه
المجلة المصادرة ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م ص ٨٦ .

(١) بدر الدين العيني - عمدة القارئ - شرح صحيح البخاري -
ج ١٢ ص ٧٩ .

(٢) سورة التجمعة آية رقم ١٠ .

(٣) الفزالي - الاحياء - باب النكاح ص ٧٠٢ .

ويقول صلى الله عليه وسلم « ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده — وإن نبي الله داود كان يأكل من عمل يده » (٤) بل انه صلى الله عليه وسلم : اعتبر العمل في سبيل العيش عملا في سبيل الله • فذد كان جالسا ذات يوم مع أصحابه فنظروا الى شاب ذى جلد وقوة — وقد بكر يسعى • فقالوا : ربح هذا لو كان شبابه وجلده في سبيل الله — فقال صلى الله عليه وسلم : لا تقولوا هذا — فانه ان كان يسعى على نفسه ليكفيها عن المسألة ويغنيها عن الناس فهو في سبيل الله — وان كان يسعى على أبوين ضعيفين أو ذرية ضاعفا ليغنيهم ويكفيهم فهو في سبيل الله — وان كان يسعى تفاخرا وتكاثرا فهو في سبيل الشيطان » (٥) رواه الطبراني •

كما أن الاسلام يقدر العامل ويشجعه ويزكيه — فقد 'استقبل أحد الصحابة رسول الله عند عودته من غزوة تبوك • فقل له النبي صلى الله عليه وسلم « ما هذا الذي أرى بيدك ؟ قال الصحابي : من أثر لمار — أى الحبل — والمحساة — أضرب وأنفق على عيالي • فقبل رسول الله يده وقال : هذه يد يجيها الله ورسوله » (٦) فليس في المجتمع الاسلامي قوى معطلة — أو طبقة تعيش على أكتاف غيرها • وعالة على من دونها — وفي ذلك يقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لأن يأخذ أحدكم حبله ثم يأتى الجبل فيأتى بحزمة من الحطب على ظهره فيبيعها فيكف الله وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه » (٧) كما انه تدخل المسجد فرأى رجلا يلوذ بالمسجد راكعا

(٤) البخارى ج ٣ ص ٧٤ •

(٥) الدكتور مصطفى السباعي — اشتراكية الاسلام ص ١٩٣ •

(٦) الشيخ محمد الغزالي — الاسلام ومناهج الاشتراكية ص ٨٢ •

(٧) البخارى ج ٣ ص ٧٥ •

مساجدا • فسأل عنه - قيل انه رجل عابد - فقال : « ومن الذى يذيق عليه ؟ قالوا أخوه يعمل ويعوله - فقال : أخوه أعبد منه » (٨) وقد فقه الصحابة هذه المعانى التى ترفع قدر العمل فنفسذوها فى أنفسهم - ولعل أول ما يتمثل ذلك فيما فعله المهاجرون عند هجرتهم من مكة الى المدينة تاركين تجارتهم وأموالهم وأعمالهم وراءهم - فعرض عليهم الأنصار أن يقاسموهم أموالهم بغير مقابل قياما بواجب النصرة والتعاون على الخير - ولكن المهاجرين أبوا الا أن يكون عيشهم بكفاحهم وسعيهم - فنزل بعضهم الى ميدان التجارة - وبعضهم الى ميدان الزراعة فى حقول الأنصار - وعليهم العمل والمؤونة - ولهم فى مقابل ذلك شطرا من المحصول :

- ١ - ومن ماثورات عمر بن الخطاب فى الدعوة الى العمل قوله « رحم الله امرأ أمسك فضل القول - وقدم فضل العمل » •
- ٢ - القوة فى العمل - ألا تؤخر عمل اليوم الى الغد •
- ٣ - المتوكل الذى يلقي حبة فى الأرض ثم يتركها على الله (١٠) •

ثانيا : « كفالة الدولة لحق العمل » :

إذا كان الاسلام قد اعتبر العمل واجبا على الفرد - اذ لا يباح له أن يعيش على التسول • أو السلب • أو النهب • فانه فى نفس الوقت جعله حقا له ازاء الدولة - فواجب الدولة الاسلامية أن تؤم العمل للقادرين عليه وأن تحمى حقوقهم وقد قام النبى صلى الله عليه وسلم بهذا الواجب • فقد جاءه رجل يستجدى • فباع خاتما له من حديد بدرهمين فى السوق أعطاهما للرجل وقال له : كل بأحدهما

(٨) الشيخ محمد أبو زهرة - تنظيم الاسلام للمجتمع ص ١٩٦ •

(٩) صحيح مسلم ج ٤ ص ٣٨٧ - ٣٨٨ •

(١٠) الدكتور سليمان الطحاوى - عمر بن الخطاب ص ٤٧٢ •

— واشتر بالآخر فأسا واعمل به فصلاح حال الرجل ، كما جاءه رجل يطلب اليه أن يدبر حاله لأنه خال من وسائل الكسب ولا شيء عنده يستعين به على القوت — فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقدم ودعا بيد من خشب سواها بنفسه ووضعها فيها ثم دفعها للرجل وأمره أن يذهب الى مكان عينه ويكلفه أن يعمل هناك لكسب قوته وطلب أليه أن يعود بعد أيام ليخبره بحالنه — فعاد الرجل يشكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم صنيعة ويذكر له ما صار اليه من يسر الحال (١١) وهكذا اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم نفسه — وهو رئيس الدولة مسئولا عن تدبير العمل — وكفالت للأفراد — والذي يرجع الى الفقه الاسلامي — يجد الفقهاء يوجبون توفير العمل لكل فرد قادر عليه — فقد أوجب الغزالي (١٢) على ولي الأمر أن يزود العامل بأكثر العمل ويتقسم الشاطبي (١٣) في كلامه عن فرض المكافأة للتربية الاسلامية التي تحققها البطولة لكل ذي موهبة ليتمكن من القيام بالفرض الكفائي الذي يناسب موهبته الى مراحل ثلاثة : «ذاك لأنه كل ما يحتاج اليه الجماعة هو فرض كفاية ... يجب تحقيقه — ويلخص الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة هذا التقسيم فيما يلي (١٤) :

١ - المرحلة الأولى :

وتكون عامة لكل الصبيان والشباب لا يتخلف عنها أحد — ومن قطع المرحلة الأولى — لا ينتقل الى المرحلة الثانية الا اذا كان ذا نبوغ

(١١) الشيخ محمد أبو زهرة — تنظيم الاسلام للمجتمع ص ٣٩ .

(١٢) الغزالي — احياء علوم الدين — ج ٩ ص ١٧٤٦ (ط الشعب)

(١٣) الشاطبي — الموافقات — ج ١ ص ١١٩ ، ١٢٤ .

(١٤) افشيخ محمد أبو زهرة — في المجتمع الاسلامي ص ٥٥ .

متميز يؤهله لهذه المرحلة — ومن وقف عند المرحلة الأولى • وقف عند فرض كفايى تحتاج اليه الأمة — وهم العمال الذين يعملون بأبدانهم — فان الأمة تحتاج الى هذا النوع من العاملين وهم الذين يكونون قاعدة البناء الهرمى للعمل •

٣ — المرحلة الثانية :

ومن صاروا متميزين فى المرحلة الثانية — ينظر اليهم — فمن امتاز بنبوغ يؤهله للمرحلة الثالثة — انتقل اليها • ومن لم تكن له مواهب تؤهله لدخولها وقف عاد فرض كفايى تحتاج اليه الأمة — فالأمة تحتاج الى حسابين ، ومساعدى مهندسين ، وملاحظين للأعمال اليدوية — وموجهين لها — ومراقبين لسلامتها •

والمرحلة الثالثة :

مرحلة النبوغ — وهى درجات متفاوتة — يميزها العمل والانتاج والانصراف العملى — ومنها يكون المهندسون والأطباء والقضاة والفقهاء — وغيرهم من الذين يتولون الأعمال الرئيسية فى المجتمع — وفى أعلى هذا الصنف من الممتازين — المخترعون — والمشترون — ومؤسسون الدول — على أساس العدالة والحق — ومنظمو العلاقات الانسانية بين الناس على أساس العدل — وهذا الذى يبينه النشاطى — يوضح واجب الدولة فى اعداد الأفراد علميا وفنيا — وانشاء المراكز التدريبية لهم تمكينا لهم من القيام بواجباتهم الكفائية — وأن أهل كل مرحلة واجب عليهم وبالذات القيام بالواجبات الكفائية كل فيما يخصه — كما يستطيعه — ويمكن أن يقال انه واجب على الجميع على وجه من التجوز لأن القيام بذلك الفرض — قيام بمصلحة عامة •

فهم مطلوبون بسدها على الجملة — فبعضهم هو قادر عليها مباشرة — وذلك من كان أهلا — والباقيون وان لم يقدروا عليها —

قادرين على إقامة القادرين — فمن كان قادرا على الولاية فهو مطلوب بإقامتها — ومن لا يقدر عليها مطلوب بأمر آخر • وهو إقامة ذلك القادر وإجباره على القيام بها — فالقادر اذن مدلول بإقامة الفرض — وغير القادر مطلوب بتقديم ذلك القادر • اذ لا يتوصل الى قيام القادر الا بالإقامة — فهي من باب ما لا يتم الواجب الا به (١٥) •

وعلى الأمة ممثلة في ولي الأمر — أن تسهل للأفراد القيام بهذه الواجبات — وأن تؤهلهم لها • وان تقاصرت همة الحاكم في الأمة عن أن يقوم بهذا الواجب — فعلى الأمة أن تحمله على أدائه — أو تسعى في تغييره ، لأن الذي لا يقوم به في موضع ذلك المقصر (١٦) •

ولقد سمي الشافعي هذا النوع من الواجبات تسمية تتفق مع معناه — فقل : انه واجب عام فيه معنى الخاص — فالأمة كلها مطلوبة بمقتضى قانون التكافل الاجتماعي بتحقيق ذلك الواجب — ولكن لا تقوم به الأمة كلها — بل تقوم به طائفة خاصة منها (١٧) فهذه الطائفة — هي المكلفة بالقيام بالواجب عملا بقوله تعالى « فلو لا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون » (١٨) أما الأمة كلها ومعهما ولي الأمر — فعليها واجب إقامة هذه الطائفة — وقد كان من واجب المحتسب أنه ان رأى رجلا يتعرض

(١٥) الشاطبي — الموافقات — ج ١ ص ١٧٨ — ١٧٩ •

(١٦) الشاطبي — الموافقات — ج ١ ص ١٧٩ •

(١٧) الشيخ محمد أبو زهرة — في المجتمع الاسلامي ص ٥٦ •

(١٨) سورة التوبة آية ١٢٢ •

لمسألة الناس في طلب الصدقة — وعلم أنه غنى أما بمال — أو عمل. أنكره عليه — وأدبه فيه ، وقد فعل عمر رضى الله عنه مثل ذلك يقوم من أهل الصفة : هم طائفة من الفقراء كانوا يقيمون بمكان مرتفع من المسجد النبوي ويعيشون على الصدقة — وإذا تعرض للمسألة ذو جلد وقوة على العمل زجره وأمره أن يتعرض للاحتراف بعمل ، فان أقام على المسألة عذره حتى يقطع عنها — وان دعت الحالة عند الحاج من حرمت عليه المسألة بمال أو عمل ألى أن ينفق على ذي المال جبرا من ماله — ويؤجر ذا العمل وينفق عليه من أجرته — رفع أمره الى الحاكم ليتولى ذلك — أو يأذن فيه (١٩) •

كما أن الدولة الإسلامية في العصور المتعاقبة عملت على إنشاء المصانع — كصناعة الورق — والتسوجات — واستخراج المعادن — والقيام بتدريب الناس على العمل بها (٢٠) •

ولم يكتف الاسلام بتحقيق فرص العمل للأفراد وكفالتهم لهم — بل انه أيضا كفل لهم الأجر — المناسب للعمل — وعدم التأخير في أداء أجورهم (٢١) وفي ذلك يقول الله تعالى « ولكل درجات مما عملوا وليوفيهم أعمالهم وهم لا يظلمون » (٢٢) ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » (٢٣) ويقول النبي صلى الله عليه وسلم « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي

(١٩) الماوردي — الاحكام السلطانية ص ٢٤٨ •

(٢٠) المقرئى — الخطط ج ١ ص ٤١٧ •

(٢١) الكاسانى — البدائع ج ٤ ص ٢١٨ •

(٢٢) سورة الاحقاف — آية ١٩ •

(٢٣) سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٤٥ •

ثم غدر — ورجل باع جزاء ثم أكل ثمنه — ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره « (٢٤) كما يروى عنه صلى الله عليه وسلم « انه نهى عن استئجار الآخر حتى يتعين له أجره » (٢٥) فرب العامل مسئول عن حقوق عماله وذلك بمقتضى قوله صلى الله عليه وسلم « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » (٣٦) وذلك تحذيرا من الماطلة في أجر العامل •

وقد اتجه الاسلام الى العناية بالعامل وعدم تركه عرضة لارهاب رب العمل له واستقلاله له وكفل له قدرا من الراحة حفظا لقوته ورعاية لصحته — وفي ذلك يقول الله تعالى « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » (٢٧) فالقاعدة الشرعية — أنه لا تكليف الا بمستطاع — فلا يجوز أن يكلف الشيوخ وأحداث السن بأعمال ينوء بها كاهلهم — كما لا يكلف النساء بما لا يتناسب مع طبيعتهم • وفي ذلك يقول صلى الله عليه وسلم « عليكم من الأعمال بما تطيقون فان الله لا يمل حتى تملوا » (٢٨) ولا يجيز الاسلام أن يمس أجر العامل — ولا أداة العمل وفاء انشائية أو خراج (٢٩) ويقول الرسول عن العبيد « لا تكلفوهم ما لا يطيقون » (٣٠) واذا كان ذلك بالنسبة للعبيد — فالعمال به أولى •

(٢٤) البخارى ج ٣ ص ١٠٨ •

(٢٥) النسائي — كتاب المزارعة — باب ٤٤ •

(٢٦) البخارى ج ٣ ص ١٥٧ •

(٢٧) سورة البقرة آية ٢٨٦ •

(٢٨) البخارى — ج ١ ص ١٧ •

(٢٩) أبو يوسف — الخراج ص ١٨ •

(٣٠) الشوكانى — نيل الأوطار ج ٧ ص ٣ رواه البخارى ومسلم

عن أبى هريرة •

ولاشك أن هدف الاسلام من ذلك - اخبار القنوة العاملة -
غلا تتأثر بالارهاق المستمر * والمحافظة على صحة العامل - وهو
يشكل كيان الأمة - فخير الأعمال أحومها وان قل *

ومن المقررات الشرعية - أن العامل يجب أن يوفر له الغذاء
الكفى - الذى يحمى جسمه - والكساء الكافى الذى يقيه حر الصيف
وبرد الشتاء - والمسكن الذى يليق بمثله - والذى تستوفى فيه كل
المرافق الشرعية - ويجب أن تكون الأجسرة محققة لهذا - والا كان
ظلمًا (٣١) وبذلك تضمن الدولة للعامل حياة كريمة - وتمده بالمال اذا
لم يكفه أجره ، ففى بذلك تكفل له تأمين معيشته وكرامته ، واذا تعطل
العامل عن العمل - أوجب الاسلام على الدولة اعالته وكفالته ، وأعين
على العيش حتى توفر الدولة له عملا وهذا من مصارف الزكاة ،
فالذين يفتقرون الى فرص العمل هم الفقراء حقا لقوله تعالى (للفقراء
الذين أحصروا فى سبيل الله لا يستطيعون ضربا فى الأرض * يحسبهم
الجاهل أغنياء من التعفف - تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس الحافا
- وما تنفقوا من خير فان الله به عليم) (٣٢) ولقوله تعالى :
« للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا
من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون » (٣٣)
كما روى الامام أحمد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من ولى
لنا عملا وليس له منزل فليتخذ منزلا - أو ليست له امرأة فليتزوج
- أو ليست له دابة فليتخذ دابة » (٣٤) *

(٣١) ابن حزم - المحلى - باب الزكاة ج ٦ ص ١٥٦ - مسألة ١٢٥

م - ط - المنيرة بالقاهرة سنة ١٤٣٨ هـ *

(٣٢) سورة البقرة آية ٢٧٣

(٣٣) سورة الحشر آية ٨

(٣٤) الشيخ محمد أبو زهرة - فى المجتمع الاسلامى من ٥٢ *

ولحفاية الاسلام لحق العامل في قولى العمل الذى تتوافر فيه شروطه — ناط بالدولة حسن اختيارها لعمالها — فيكرن اختيارها لهم مبنيا على القدرة — والكفاءة — لا على الوساطة — والمهوى — وبذلك لا تنمط حق أحد — ولا تفرق بين الأفراد عن غرض — وفي ذلك يقول الله تعالى على لسان ابنة سيدنا شعيب عليه السلام « قالت يا أبت استأجره ، ان خير من استأجرت القوي الأمين » (٣٥) وقال النبي صلى الله عليه وسلم لأبي ذر عن المولاية « يا أبا ذر انما أمانة — وانها يوم القيامة خزي وندامة * الا من أخذها بحقه » وقد عبر الماوردي (٣٦) عن ذلك في بيان ما يلزم الامام في ادارة الدولة بقوله : يلزم استكفاء الأمناء — وتقديم النصحاء فيما يفوضه اليهم من الأعمال ، لتكون الأعمال بالكفاءة مضبوطة — والأموال بالأمناء محفوظة ، وكان عمر بن الخطاب يقول بعد توليه الخلافة « لو علمت أن أحدا أقوى منى على هذا الأمر لكان ضرب العنق أحب الى من هذه المولاية » (٣) .

ومن أقواله أيضا في وسيلة اختيار الولاة « من استعمل رجلا اودة — أو لقاربة — لا يحمله على استعماله الا ذلك فقد خان الله ورسوله والمؤمنين ، ومن استعمل رجلا فاجرا وهو يعلم أنه فاجر فهو مثله » (٣٨) .

ولما كان عمر أول من أنشأ الدواوين ، فقد وضع أسسا لاختيار العاملين في الوظائف المختلفة — فكان يتطلب في المرشح للمولاية

(٣٥) سورة القصص آية رقم ٢٦ .

(٣٦) الماوردي — الأحكام السلطانية ص ١٦ .

(٣٧) الدكتور سليمان الطماوى — عمر بن الخطاب ص ٢٧١ .

(٣٨) ابن الجوزى — سيرة عمر بن الخطاب ص ٦٧ .

شروطا تعد نموذجية (٣٩) ومن هذه الشروط : القوة — والهمة —
 والتواضع — والرحمة بالناس — ومن أقوال عمر في ذلك : أريد رجلا ،
 اذا كان في القوم — وليس أميرهم — كان كأنه أميرهم ، واذا كان
 أميرهم كان كأنه رجل منهم — كما وضع شروطا لاختيار القضاة •
 لا يتطلبها في المألوف من الأفراد ، حتى يكون الاختيار عن كفاءة
 وقدره (٤٠) •

ومن هذه الشروط : أن يكون المرشح للقضاء موثوقا في عفافه —
 وعقله ، وصلاحه ، وفهمه بالسنة والآثار — واقفا على المسائل الفقهية
 مقتدرا على الفصل في الدعاوى — وقورا وحكيما وصبوراً يتقى الله
 بالحق ، ولا يقضى لهوى يضلّه ، ولا لرغبة تغيره — ولا لرغبة ترجره
 — وأن لا يكون فظا غليظا — بل شديدا من غير عنف — لينا غير
 ضعيف — واعتبر الماوردي من شروط المحتسب أن يكون حرا ذا رأى
 وصرامة — وخشونة في الدين — وعلم بالمنكرات الظاهرة •

وهكذا كان التدقيق في اختيار العمال لكفالة الحق والعدالة —
 والبعد عن الوساطة — وذاك بوضع الرجل المناسب في المكان المناسب ،
 ولذلك أيضا لم يقف الاهتمام بالاختيار عند بدء التعيين فقط ، ولكن
 واجب الدولة حسن الاشراف على الرقابة على العاملين ، حتى لا يكون
 العمل وسيلة الى الكسب الحرام ، أو التكاثر ، أو التهاون في مصالح
 الأمة — أو الانحراف عن السبيل السوي والطريق المستقيم — وفي
 ذلك يقول الخليفة عمر بن الخطاب : « أرايتم ان استعملت عليكم خير

• (٣٩) الدكتور سليمان الطماوى — عمر بن الخطاب ص ٢٧٣

• (٤٠) عارف الكندى — القضاء في الاسلام ص ٢٠ •

من أعلم ثم أمرته بالعدل أكنت قضيت ما على ؟ قالوا نعم — قال :
 لا — حتى أنظر في عمله — أعمل بما أمرته — أم لا — (٤١) •
 وتحققنا لهذه المبادئ — وخشية مظنة المحاباة ، أو المبالاة —
 لم يستعمل أمير المؤمنين عمر كبار صحابة رسول الله — وكذلك آل بيته
 — ولم يقلدهم شيئا من الولايات — ولهذا السبب أيضا كان من الأسباب
 الظاهرة للثورة على الخليفة ، عثمان بن عفان — انه ولى قرابة من
 بنى أمية دون نظر الى الكفاءة أو الصلاحية •

وإذا كان الاسلام قد كفل للعامل كل ذلك — فانه أيضا فرض
 عليه التزامات يجب قيامه بها • فأوجب عليه اتقان العمل واحسانه
 والاخلاص فيه ، يقول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله يحب اذا
 عمل أحدكم عملا أن يتقنه » (٤٢) وقوله « ان الله كتب الاحسان على
 كل شيء » (٤٣) •

ذلك أن اتقان العمل من أحب ما ينتقرب به العبد الى ربه • فإذا
 أخل العامل بالتزامه فأفسد المنفعة أو أهلكها بخطئه أو اهماله كان
 ضامنا لها (٤٤) كما قرر الاسلام نظام الحوافز على العمل على أرقى
 أساس وأعدل ميزان — بقول الله تعالى « وأن ليس للإنسان الا ما سعى »
 — وأن سعيه سوف يرى ثم يجزاه الجزاء الأوفى » (٤٥) فجزاء اتقان

(٤١) الدكتور سليمان انطاوى — عمر بن الخطاب ص ٢٧١ • •

(٤٢) رواه أبو يعلى — والعسكري — وغيرهما عن عائشة — تمييز.

الطيب من الخبيث ص ١٤٢ : دليل الفالحين ج ٣ •

(٤٣) دليل الفالحين ج ٣ ص ٩٥ •

(٤٤) ابن قدامة — المغنى ج ٥ ص ٤٩٦ •

(٤٥) سورة النجم آية ٣٩ — ٤١ •

المعمل والاخلاص — انما يكون أوفى جزاء — ولا موجب لهذا الجزاء
 الاسعى المفرد نفسه لا يقربه جأه — أو قرابة أو صلة ، ويحدد
 القرآن دقة الجزاء بقوله تعالى « فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره —
 ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره » (٤٦) على أن العمل الذى يدعو اليه
 الاسلام هو العمل الحلال — اذا انه يحظر العمل الحرام — كالعمل
 فى انتاج الخمور — فما يؤدى الى الحرام فهو حرام — والموسيلة
 تأخذ حكم الغاية (٤٧) كما لا يجوز شرعاً الغش فى العمل — وذلك تنفيذاً
 للحديث الشريف « من غشنا فليس منا » (٤٨) ويحظر الاسلام العمل
 الذى يكون مؤدياً الى الضرر بالنفس ، أو الاضرار بالغير وذلك تنفيذاً
 للمبدأ الشرعى « لا ضرر ولا ضرار » (٤٩) .

المطلب الثانى

« حكم الرعاية الصحية »

اهتم الاسلام بصحة الأفراد باعتبارها تعينه على أداء واجباته
 الدينية والمعيشية ، اذ بها يستطيع الفرد أن ينفع مجتمعه ويحقق
 آماله . — يقول صلى الله عليه وسلم « المؤمن المقوى خير وأحب الى
 الله من المؤمن الضعيف . وفى كل خير » (٥٠) . وتقرير حق الفرد فى
 الرعاية الصحية : وضعه الاسلام على عاتق الفرد باعتباره واجباً عليه
 — كما اعتبره إلزاماً على الدولة فهو حق للفرد — ففى اعتبار الرعاية

(٤٦) سورة الزلزلة آية ٧ — ٨ .

(٤٧) ابن القيم — اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٧ .

(٤٨) صحيح مسلم ج ١ ص ٢٩٩ .

(٤٩) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٤ حديث رقم ٢٣٤٠ ، ٢٣٤١ .

(٥٠) سنن ابن ماجه ج ٢ باب ١٤ ص ١٣٩٥ حديث رقم ١٦٨٠ .

(٥ — شريعة)

الصحية واجبا على الفرد - أمر الاسلام الناس جميعا بالمبعد عن كل ما يضر صحتهم ، فصرم الخمر والزنا حفظا للصحة وأمرهم أن يبتعدوا عما يهلك صحتهم وينهك قوتهم فيقول تعالى « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » (٥١) ويقول صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » (٥٢) ويقول « صوموا تصحوا » (٥٣) ويقول « ثلث للطعام - وثلث للشراب وثلث للنفس » وذلك عن المدة (٥٤) •

كما حث الاسلام على النظافة حفظا للصحة ، فأمر بالوضوء قبل الصلاة ، والغسل بعد الجنابة - والعناية بالغذاء الصحي ، والشراب النقي ، ونهى عن الشرب من فم السقاء منعا للمدوى • كما حث في الرياضة تقوية للبدن - ومن ذلك « ان لبدنك عليك حقا » « علموا أولادكم الرماية والسباحة وروهم فلا تبوا على الخيل وثبا » كما أمر الأفراد بالمبادرة - بالعلاج عند المرض - فمن أقواله صلى الله عليه وسلم « ما أنزل الله داء الا أنزل له شفاء » (٥٥) وكل هذه المبادئ جاءت في صورة تكاليف ، يثاب فاعلها ويأثم من خالفها ، ومن أقوال عمر بن الخطاب في الحث على الرعاية الصحية - قوله « اياكم والسمنة فانها غفلة » وقوله « اياكم والبطنة فانها مكسلة عن الصلاة ومفسدة للجسم ، ومؤدية الى السقم ، وعليكم بالقصد في قوتكم فهو أبعد عن السرف وأصح للبدن - وأقوى على العبادة » (٥٦) •

كما يروى أن عمر بن الخطاب ، أمر أبا عبيدة بن الجراح قائد

(٥١) سورة البقرة آية ١٩٥.

(٥٢) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٤ حديثي رقم ٢٣٤٠ - ٢٣٤١ •

(٥٣) الفزالي - الاحياء ج ٨ ص ١٤٩٨ •

(٥٤) الفزالي ب الاحياء ج ٨ ص ١٤٩٧ •

(٥٥) البخاري ج ٧ ص ١٥٨ •

(٥٦) المعاد - عبقرية عمر - العدد ٢٥ - كتاب الهلال ص ٦٦ •

جيش المسلمين بالعودة الى المدينة - وعدم دخول الشام ، لوجود الطاعين به ، فلما عاتبه أبو عبيدة قائد « أفرارا من قضاء الله ؟ » قال له عمر : « لو غيرك قالها يا أبا عبيدة - نعم نفر من قضاء الله ، الى قبر الله » ثم جاء عبد الرحمن بن عوف ، فقال : أشهد أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « اذا سمعتم بهذا النبأ ببند فلا تقدموا عليه ، واذا وقع وأنتم به فلا تخرجوا فرارا منه » (٥٧) .

كما اهتم الاسلام بالرعاية الصحية • بل جعل لها الأولوية على شئون العبادة - لذلك أعفى المرضى من الفرائض الدينية التى تنسق عليهم ، فربخص للمريض أن يفطر في رمضان خوف ازدياد مرضه ، أو تأخير شفائه على أن يقضى عند تمام صحته - وأباح لمن يشق عليه الصيام أن يفطر - ويتفجع فدية طعام مسكين كما رخص للمسافر أن يفطر في رمضان نكثاء المنسقة التى تؤثر في صحته - يقول تعالى : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه ، ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر » (٥٨) ويقول « وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين » (٥٩) ويقول « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (٦٠) .

أما الرعاية الصحية باعتبارها حقا للأفراد - ازاء الدولة ، فقد قررها الاسلام في صور شتى - اذ كان النبي صلى الله عليه وسلم يهين للمرضى مكانا يتداوون فيه وينقهنون - فقد قدم عليه نفر من عريضة تمانية أشخاص - وأسلموا - واستويأوا بالمدينة ، وشكوا ألم المطحال ، فأمر يوم رسول الله صلى الله عليه وسلم الى لقاحه ، وكان

(٥٧) الأستاذ محمد الخضرى - تاريخ الأمم الاسلامية ج ٢ ص ٦-٧

(٥٨) سورة البقرة آية رقم ١٨٥ .

(٥٩) سورة البقرة آية ١٨٤ .

(٦٠) سورة البقرة آية ١٨٥ .

سرح المسلمين بأرض خارج المدينة ناحية قباء قريبا من غير ترعى هناك ، فكانوا فيها حتى صحوا ، وسمنوا • وكانوا قد استأذنوه أن يشربوا من ألبانها ، وأبوالها ، فأذن لهم (٦١) وقد كهل الاسلام للمريض حقه من الرعاية الاجتماعية •

فلقد مر عمر بن الخطاب ، يوم مجيئه الشام على قوم من المجزومين — ففرض لهم شيئا من بيت المال ومنعهم بذلك عن التكلف بين الناس. كما عمل الوليد بن عبد الملك على تخصيص أعطيات لهم • وأعطى لكل مقعد خادما يهتم بأمره ، وكل ضريح قائدا يسهر على راحته — كما بنى ابن طولون حاكم مصر في مؤخرة مسجده، ميسأة وخزانة شراب بها. الإحوية والأشربة ، وقرر لهذا المكان الخدم ، وعين طبيا خاصا يقوم بتطبيب المرضى من المسلمين • كما بنى مستشفى بأرض العسكر ، وأحسن تنظيمه ، وكان يتفقد بنفسه في يوم الجمعة ، فيطوف على خزانة الإحوية ، ويتفقد أعمال الأطباء ، ويواسى المرضى • كما أمر بمراعاة الحالة النفسية للمرضى ومواساتهم ، والترويح عنهم ، وزيارتهم أثناء مرضهم ، وجعل ذلك واجبا على المجتمع ازاء المرضى. يقول صلى الله عليه وسلم في الحديث القدسي عن رب العزة «مرض عبي فلان فلم تزره ، ولو زرته لوجدت ذلك عندي» (٦٢) وبذلك جعل الله تبارك وتعالى زيارة المريض مستوجبة جزاء من لدنه — ويقرر النبي صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم فيقول « ويعود • إذا مرض » (٦٣) وكان عمر بن الخطاب • يأمر الولاة بزيارة المرضى. للعناية بأمرهم ، فكان يسأل الوفد اذا قدموا عنه عن أمرهم ، فيقولون خيرا ••• فيقول هل يعود مرضاكم ؟ فاذا قالوا لا عزله (٦٤) •

(٦١) البخارى ج ٧ ص ١٦٠ •

(٦٢) صحيح مسلم ج ٥ ص ٤٣٣ •

(٦٣) البخارى ج ٢ ص ٩٠ •

(٦٤) الدكتور سليمان اللطفاوى — عمر بن الخطاب ص ٢٧٨ •

المطلب الثالث

حق كفالة المعيش الكريم الفرد في المجتمع

تضطلع الدولة في الاسلام بواجبات ايجابية لضمان حقوق الأفراد وكفالة معيشتهم ، وقد اعتبر الاسلام • الفرد في كفالة المجتمع في مختلف المستويات • فهو في كفالة الأسرة التي يذمى اليها ، اذ يأمر المشرع بالنفقة على القريب الفقير ، كما يأمر بصلة الأرحام • فقد جاء في الحديث القدسي عن الله عز وجل (١) « أنا الرحمن وهي الأرحم شققت لها اسما من اسمي ، من وصلها وصلته ، ومن قطعها قطعته » • وهو في كفالة مجتمع القرابة ، اذا أصبح في حاجة ملحة — أرى أصابته فاقة ومحنة ، يقول النبي صلى الله عليه وسلم « أيما أهل عرصة بات فيهم أمرؤ جائع فقد برئت منه ذمة الله ورسوله » (٢) ويقول أيضا « ما آمن من بات شبعانا وله جار جائع » (٣) ثم هو بعد ذلك في كفالة الدولة ، اذ تلتزم الدولة بنفقاته من بيت المال — والمخايفة والموالي مسئولان عن هذه الكفالة وفي ذلك يقول النبي صلى الله عليه وسلم « ما من مؤمن الا وأنا أولى به في الدنيا والآخرة ، اقرأوا ان شئتم : النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم — فأيا مؤمن مات وترك مالا فليثمه عصبته • ومن ترك ديناً أو ضياعاً فليأثم فأنا هوله » (٤) •

(١) أخرجه أبو داود في باب صلة الرحم — ج ٢ ص ٧٧ مجموعة الأحاديث القدسية للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية بالقاهرة سنة ١٣٨٩هـ ج ١ ص ١١٧ •

(٢) محمد الغزالي — الاسلام وأوضاعنا الاقتصادية ص ٨٩ ١٩٥٠م

(٣) الاختيار — شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ •

(٤) البخاري ج ٣ ص ١٥٥ •

ويقول الامام ابن حزم أخذاً من الحديث الشريف « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه من تركه يجوع ويعرى وهو قادر على إطعامه فقد أسلمه » (٥) وقد أجمل ابن حزم حقوق الأفراد الاجتماعية في قوله : فرض على الأغنياء من أهل كل بلد أن يقوموا بفقرائهم : ويجبرهم السلطان على ذلك ان لم تقم الزكاة ، وإلا فيء سائر أموال المسلمين بزعمه ، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لابد منه ، ومن الثياب للشتاء والصيف بمثل ذلك . وبمسكن يقيمهم من المطر والصيف والشمس وعيون المارة ، ومسئولية الدولة عن ذلك مقررة في القرآن الكريم لقوله تعالى « الذين ان ملكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر » (٦) وقوله تعالى « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » (٧) .

يقول المودودي (٨) في تعليقه على هذه الآيات ، فمن تدبر هذه الآيات ، اتضح له أن الدولة التي يريد بها القرآن ليس لها غاية سلبية فقط ، بل لها غاية ايجابية أيضا ، أي ليس من مقاصدها المنع من عدوان الناس بعضهم على بعض ، وحفظ حرية الناس ، والدفاع عن الدولة فحسب ، بل الحق أن هدفها الأسمى هو إقامة نظام العدالة الاجتماعية الصالح الذي جاء به كتاب الله ، وغايتها في ذلك ، النهي عن جميع أنواع المنكرات التي تندب بها الله بها في آياته ، واجتناب شجرة الشر من جذورها ، وترويض الخير المرضي عند الله — المين في كتابه .

-
- (٥) ابن حزم — المحلى — باب الزكاة ج ٦ ص ١٥٦ — ١٥٧ .
 (٦) سورة الحج آية ٤١ .
 (٧) سورة آل عمران آية ١١٠ .
 (٨) أبو الأعلى المودودي — نظرية الاسلام وهدية .

ومن الأثر المعروف : كفالة معيشة الناس وضمان حاجاتهم لقوله صلى الله عليه وسلم « من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك ديناً أو ضياعاً فقلى والى وأنا أولى بالمؤمنين » (٩) •

وقد سما الإسلام بحق الكفالة الاجتماعية للأفراد فجعله قربة لله تبارك وتعالى ، فأوصى الجار أن يكرم جاره ، وأن يحسن معاملته الى أقصى الحدود فقال تعالى « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين أحسناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم » (١٠) وقد فصل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أجمله القرآن بقوله « مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم لأبي ذر — يا أبا ذر — إذا طبخت مرقة فأكثر ماءها وتعاهد جيرانك » (١١) •

وهكذا يجعل الإسلام للفرد حقاً في كفالة عيشه قبل أسرته وقبيل مجتمعة الصغير من جيرانه وأهل قريته — ثم حقه قبل الدولة ، وهذه الكفالة تلتزم بها الدولة ، سواء أكان الفرد مسلماً أو غير مسلم •

فيرى أبو يوسف (١٢) « أن عمر بن الخطاب ، رأى شيخاً يهودياً يتكفف الناس • فسأله عن سبب ذلك فأجابه : أسأل الجزية ، والحاجة والسن ، قال عمر : ما أنصفناك ، أكلنا شبيبته • وتركتك عند الشيخوخة وطرح جزيته ، وأمر أن يعال من بيت مال المسلمين هو وغنائه » •

(٩) سنن ابن ماجه — ج ٢ ص ٨٠٧ حديث رقم ٢٤١٦ •

(١٠) سورة النساء آية ٣٦ •

(١١) صحيح مسلم ج ٢ ص ٤٤٥ •

(١٢) أبو يوسف — الخراج ص ١٢٦ •

وحق الفرد قبل الدولة ، تكفله جميع موارد الدولة ، وقد قسم الفقهاء بيت المال أربعة أقسام وللفقير حق في كل مورد من هذه الموارد وهذه الأقسام هي :

١ - بيت مال الغنائم ، وهو خاص بما يختم في الحروب ، وينفق منه على مرافق الدولة وفقراء المسلمين •

٢ - بيت المال الخاص بالجزية والخراج ، ويصرف منه على مرافق الدولة وفقراء غير المسلمين الذين يستظلون بالراية الاسلامية، ويتمتعون برعاية الدولة الاسلامية •

٣ - بيت مال الزكاة ويصرف منه في مصارف الزكاة •

٤ - بيت المال الخاص بالضوائع ، وهي الأموال التي لا يعرف لها مالك ، والمتركات التي لا وارث لها ، وقد قال الفقهاء : انه كله للفقراء ، فيعطى منه الفقراء العاجزون - نفقتهم وأدويتهم ويكفن موتاهم ، ويقول الفقهاء : وعلى الامام صرف هذه الحقوق الى أصحابها (١٣) •

وهكذا نجد المجتمع الاسلامي كله مسئول عن كفاية المحتاجين ، وهذه المسئولية مقررة بالكتاب والسنة لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » (١٤) ولقوله تعالى « والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » (١٥) ولقوله تعالى « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي

(١٣) الشيخ محمد أبو زهرة - في المجتمع الاسلامي ص ٨٣-٨٤

(١٤) سورة المائدة آية ٢ •

(١٥) سورة المعارج آية ٢٤ - ٢٥ •

سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله» (١٦) ويقول النبي صلى الله عليه وسلم من لم يهتم بأمر المسلمين فليس منهم» (١٧) *
ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم « المؤمن للمؤمن كالأبنين »
يشتد بعضه بعضا» (١٨) *

كما امتدح النبي جماعة من الأثريين ، لأنهم كانوا إذا أرموا في الغزو ، أو سفر ، جمعوا أزوادهم ثم اقتسموها بينهم بالسوية وقال الأبي فيهم « هم منى وأنا منهم » (١٩) *

وقد أنتج ذلك كله أثر في الواقع الاسلامي ، وظهر هذا التكافل الاجتماعي في مجتمع المدينة * ففرج الكرب وحل الأزمة ، حينما هاجر المسلمون من مكة الى المدينة ، وتركوا ديارهم وأموالهم وتجاريتهم بها ، فأخى النبي بينهم وبين الأنصار « أهل المدينة من الأوس والخزرج » فاققسم الأنصار أموالهم مع المهاجرين ، ووسعتهم قلوبهم وأموالهم وديارهم (٢٠) *

وحين حلت بالمدينة أزمة ، تبرع عثمان رضى الله عنه بتجارته

(١٦) سورة التوبة آية ٦٠ *

(١٧) رواه الحاكم في المستدرک ج ٤ ص ٣٢٠ - كتاب الرقاق - والطبرانی - انظر رد مصطفى السباعي اشتراكية الاسلام ص ١٤٩ *

(١٨) رواه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي عن أبي موسى الأشعري - صحيح مسلم ج ٥ ص ٤٤٦ *

(١٩) رواه البخاري في كتاب الشركة - اشتراكية الاسلام - الدكتور مصطفى السباعي ص ١٢٦ *

(٢٠) تفسير ابن كثير ج ٤ ص ٢٨٨ - البخاري - كتاب فضائل الأنصار ج ٥ ص ٣٩ *

مؤثراً ما عند الله من جزاء على ما قدمه له التجار من أرباح طائلة (٢١)
وقد أوصى الاسلام الناس بالتكافل الاجتماعى •

وذلك المتزام دينى على كافة المسلمين ، الا أن هذا الالتزام الدينى يحيله ولى الأمر الى المتزام قانونى اذا ما دعت ضرورة اليه ويستفاد ذلك مما أثر عن على بن أبى طالب قوله (٢٢) أن الله فرض على الأغنياء فى أموالهم بقدر ما يكفل فقراءهم ، فان جاعوا أو عروا أو جهدوا فبمنع من الأغنياء وحق على الله أن يحاسبهم يوم القيامة ويعذبهم •

وهكذا يقر الاسلام التكافل الاجتماعى بين الناس ، ويلزم الدولة بتنفيذه ، ويعتبر الممتنع عنه عند الضرورة والقدرة أكماً ، قال ابن حزم (٢٣) من عطش فخاف الموت ، فرض عليه أن يأخذ اناء حيث وجده ، وأن يقاتل عليه ، ولا يجلب لمسلم اضطرب ، أن يأكل ميتة ، أو لحم خنزير وهو يجده طعاماً فيه فضل عن صاحبه ، لأنه فرض على صاحب الطعام اطعام الجائع ، فاذا كان ذلك فليس بمضطر الى الميتة ولا الى لحم الخنزير، وله أن يقاتل عن ذلك، فان قتل الجائع فعلى قاتله القود « القصاص » وان قتل المانع فالى لعنة الله ، لأنه منع حقاً وهو طائفة باغية ، لقوله تعالى « فان بغت احداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله ، فان فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل » (٢٤) ومانع الحق باغ على أخيه الذى له الحق (٢٥) ومن

(٢١) الشيخ على الخفيف - المالكية وحدودها فى الاسلام ص ١٢٥

(٢٢) ابن حزم - المحل ج ٦ ص ١٥٨ •

(٢٣) ابن حزم - المحل ج ٦ ص ١٥٦ •

(٢٤) سورة الحجرات آية ٩ •

(٢٥) ابن حزم - المحل ج ٦ ص ١٥٦ •

اشند جوعه حتى عجز عن طلب القوت ، ففرض على كل من علم به أن يطعمه ، أو يدل عليه من يطعمه ، فإن امتنعوا عن ذلك حتى مات اشتركوا في الاتم لقوله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل مات ضياعا بين أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله » (٢٦) وكذا إذا رأى لقيطا أشرف على الهلاك أو أعمى كاد أن يتردى في بئر ، وصار هذا لأنجاء الفريق (٢) ومن ذلك ما حدث في عهد عمر بن الخطاب إذ ورد جماعة على ماء ، وكانوا في حالة من العطش أشرفوا عليها على الهلاك ، هم ودوابهم ، فأبى أصحاب الماء أن يسمحوا لهم بالشرب منه ، فلما وفدوا على عمر أخبروه بالأمر فقال لهم هلا وضعتهم فيهم السلاح (٢٨) فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم « المسلمون شركاء في ثلاث : في الماء ، والكلا ، والنار وثمنه حرام » (٢٩) • وقال : « ثلاث لا يمتنع : الماء ، والكلا ، والنار » (٢٩)

وما فعله أبو عبيدة بن الجراح حينما خرج للجهاد في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان معه ثلثمائة من الصحابة ، ففنى زادهم ، فأمرهم أن يجمعوا أزوادهم في مزودين ، وجعل يقيوتهم أياما على السواء (٣٠) وقد اقتضى التكافل الاجتماعي في الاسلام، أن يعطى الفرد على قدر حاجته فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتاه فيه قسمة من يومه ، فأعطى الأهل حظين ، وأعطى العزب حظا واحدا (٣١) كما نجد في النسيرة التي كان عليها الخليفة عمر بن الخطاب.

(٢٦) الاختيار - شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ •

(٢٧) الاختيار - شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ •

(٢٨) أبو يوسف - الخراج ص ٩٧ •

(٢٩) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٢٦ حديثه رقم ٢٤٧٢ ، ٢٤٧٣ •

(٣٠) ابن حزم - المحلى ج ١ ص ١٥٨ •

(٣١) أبو عبيدة - الأموال ص ٢٢٢ •

بعض ما شرعه الاسلام لكفالة العيش الكريم للناس :

١ - فمن ذلك أنه بينما كان يحرس قافلة لبعض التجار الذين نزحوا بالمدينة ليلاً ، اذ به يسمع بكاء طفل فتوجه نحوه ، وقال لأمه : اتق الله وأحسنى الى صبيك ، ثم عاد الى مكانه ، فسمع بكاءه ، فعاد الى أمه فقال : ويحك • اذى أراك أمراً سوء ، ما لى لا أرى ابنك لا يقر منذ الليلة قالت: يا عبد الله قد أبرمتى منذ الليلة (أى أضجرتنى)انى اريغه عن الطعام فيأبى ، قال ولم ؟ قالت : لأن عمر بن الخطاب لا يفرض الا الفطيم ، قال : وكم له ؟ قالت كذا وكذا ، قال ويحك ، لا تعجلينه ، فصلى الفجر وما يستيقن الناس قراءته من غلبة البكاء ، فلما سلام قال : يا يؤسا لعمر ، كم قتل من أولاد المسلمين ، ثم أمر منادياً فتادى لا تعجلوا صبيانكم عن الطعام ، فانا نفرض لكل مولود في الاسلام ، وكتب بذلك على الآفاق (٣٢) •

٢ - كان يفرض لكل مولود عطاء يزداد الى عطاء أبيه «مائة درهم» وكلما نما المولود زاد العطاء •

٣ - وقد ذهب شباب الى الجهاد في سبيل الله ، وأبوه شيخ كبير ، قد كف بصره ، وكان كثير الحنين والبكاء لغيبة وحيدهم فلما بلغ ذلك عمر بن الخطاب ، أحضر الشاب وقال له : الزم أبويك ، فجاهد فيهما ، ما بقيا ، ثم شأنك بنفسك ، وأمر له بعطائه وصرفه مع أبيه (٣٣) •

وفي ذلك تقرير لكفالة العيش للأفراد ملتزم به الدولة ، وتنقل هذا الالتزام الى من يستطيع ذلك ، كما كان عمر يحمل الطعام بنفسه ويذهب به الى الجوعى يطعمهم ، ومن لم يأت أرسل اليه بالدقيق

(٣٢) الدكتور سليمان الطماوى - عمر بن الخطاب ص ٩٦ •

(٣٣) الدكتور سليمان الطماوى - عمر بن الخطاب ص ٩٧ •

والتمتع الى منزله ، وكان يتعمد المرضى ويتولى أكفان المارقين ويذهب بعد ذلك كله الى المسجد ، يناجي ربه متضرعا وهو يقول : اللهم لا تجعل هلاك أمة محمد على يدي (٣٤) ولقد جرى على هذه السيرة عثمان وعلى والخلفاء الراشدين ومن بعدهم •

هذا وقد ضمنت الدولة الاسلامية خزانتها العامة ، ما يكفل القيام بحوائج ذوي الحاجات تأكيداً لمسؤوليتها عن كفالة المحتاجين ، فأنشأت بيت المال ، وقسمته الى أقسام تتضمن أبواب الايراد والانفاق (٣٥) •

وتقريبا لكفالة الاسلام لحق العيش الكريم للأفراد ، تضمن الاسلام نظاما ثلاثة هي :

الزكاة — والصدقات — والوقف •

المسألة الأولى الزكاة :

الزكاة هي الركن الثالث من أركان الاسلام ، وهي عبادة مالية تمثل حقا للفقير في مال الغنى بالمال الذي تجب فيه الزكاة ، يكون شركة بين الفقراء وبمثلهم ولى الأمر ، وبين أصحاب الأموال ، وإذا امتنع الأغنياء عن اخراجها كانوا آثمين ، وأجبرهم الامام على اخراجها (١) •

والزكاة مقررة بقوله تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله

(٣٤) الدكتور سليمان الطماوى — عمر بن الخطاب ص ١٠٠ •

(٣٥) أبو عبيدة — الأموال ص ٢٢٧ •

(١) الشيخ محمد أبو زهرة — نبي المجتمع الاسلامى ص ٨٦ — ٨٧ •

وابن السبيل مريضة من الله» (٢) وقوله تعالى : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » (٣) وقد فصلت السنة ما أجمله الكتاب من أحكام الزكاة — ويعتبر الخليفة نفسه مسؤولاً عن كفالة المحتاجين اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم — فقد كان عمر يعس في المدينة ليلا ليعرف فقيراً يبيت على الطوى فيطعمه — أو طفلاً لا يجد ما يتبلغ به فيؤكله • وكان بصره نافذا يتعرف أسرار الضعف والمضعفاء فيسد حاجتهم ، ولقد كان يعد نفسه خازناً للمؤمنين وفي ذلك يقول : « ما من مسلم الا له في هذا المال حق » (٤) ولقد كان في التطبيق العملي للزكاة في عصر الخلافة الاسلامية ما يؤكد الأثر الفعال لها — فقد كان الخلفاء الراشدون حريصين على ألا يكون محتاج في الأرض الا أنفقوا عليه — وقد اعتزم عمر بن الخطاب أن يقوم برحلة الى آفاق دولة الاسلام ومعه الأموال ينفق على المحتاجين ويعطيهم بعد التحري عنهم (٥)

كما أرسل والى الصدقات بافريقيا الى الخليفة عمر بن عبدالعزيز يقول له : لم يبق فقير محتاج في افريقيا وبيت مال الصدقات ممتاز — فأرسل اليه عمر بن عبد العزيز يأمره بأن يسدد الديون عن الحدين • فسدد ديون الناس حتى لم يبق مدين يستحق السداد ولم يسدد دينه • ثم أرسل الى الخليفة أيضاً أنه مازال في بيت المال الكثير من الصدقات فأمره بأن يشتري العبيد ويعتقهم (٦) •

(٢) سورة التوبة آية ٦٠ •

(٣) سورة التوبة آية ١٠٣ •

(٤) مختصر المزني — على كتاب الام للشافعي ج ٣ ص ٢٠٣ •

(٥) الدكتور سليمان الطماوى — عمر بن الخطاب ص ١٠٣ •

(٦) القرطبي — الجامع لاحكام القرآن ج ٢ ص ٢٢٣ •

المسألة الثانية : الصدقات :

المقصود بالصدقات في هذا البحث هو الانفاق في سبيل الله وذلك غير الصدقة المفروضة بوصفها ركنا من أركان الاسلام — وهى الزكاة:

١ — حكم الصدقات

الصدقة بمعنى الانفاق — واجبة عند لزومها — لأنه يجب على كل مؤمن يرى مؤمنا في حال تستوجب المعونة — أن يعينه سواء سأل أم لم يسأله — ولقد أمر الله تعالى — وكذلك نبيه الكريم ببذل الصدقات — والانفاق في سبيل الله — يقول الله تعالى : « ان تقرضوا الله قرضا حسنا يضاعفه لكم — ويغفر لكم » (٧) وقوله تعالى : « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » (٨) ويقول النبي الكريم : « أطعموا الجائع وفكوا العاني » (٩) ويقول صلى الله عليه وسلم « أيما مسلم كسا مسلما ثوبا على عرى كساه الله من خضر الجنة — وأيما مسلم أطعم مسلما على جوع أطعمه الله من ثمار الجنة — وأيما مسلم سقى مسلما على ظمأ سقاه الله عز وجل من الرحيق المختوم » (١٠) ويقول صلى الله عليه وسلم « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه » (١١) ويقول ابن حزم (١٢) وإذا ترك المسلم أخاه الجائع فلم يسد جوعه فقد أسلمه — والصدقة الواجبة هي ما زاد عن الحاجة • يقول الله تعالى : « ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو » (١٣) •

(٧) سورة التغابن آية ١٧ •

(٨) سورة آل عمران آية ٩٢ •

(٩) البخارى ج ٧ ص ١٢٠ •

(١٠) سنن الترمذى ج ٤ باب ١٨ ص ٦٣٣ حديث رقم ٢٤٤٩ —

كتاب صفة القيامة •

(١١) البخارى ج ٣ ص ١٦٨ •

(١٢) ابن حزم — المحل — ج ٦ ص ١٥٦ •

(١٣) سورة البقرة آية رقم ١٢٩ •

ومصارف الصدقة متعددة وقد رتبها الشارح تفصيلا فيقول تعالى « يستألونك ماذا ينفقون — قل ما أنفقتم من خير فقلوا للذين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل » (١٤) فالصدقة ثوابها أيما كان مصرفها — ولكن الثواب يتضاعف في التصديق على ذوى القربى. يقول النبي صلى الله عليه وسلم « دينار أنفقته في سبيل الله — ودينار أنفقته في رقة — ودينار تصحقت به على مسكين — ودينار أنفقته على أهلك — أعظمها أجرا الذى أنفقته على أهلك » (١٥) •

٢ — هل في المال حق سوى الزكاة ؟

يقرر الاسلام مسؤولية الدولة عن كفالة الأفراد • والوفاء بحاجات الفقراء والمحتاجين — وقد أوضحنا أن من مصارف الزكاة هذا الواجب — كما أن في أموال الفقى والفنائم • وفي الكفارات والنفقات باب لهذا الوفاء — فإذا لم تنف الزكوات وما في بيت مال المسلمين بحاجات أناس • ولم تقم الصدقات المنشورة بسد هذا الواجب — كن للدول أن تفرض من الضرائب ما يسد هذا الواجب — وما يقوم بحاجات الناس (١٦) ومن المستقر في الفقه الاسلامى أن رعاية المصلحة العامة تقتضى أنه إذا خلا بيت المال — أو ارتفعت حاجات الجند • وليس فيه ما يكفيهم — فللامام أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافيا لهم في المال — إلا أن يظهر مال في بيت المال أو يكون فيه ما يكفى (١٧) ولا تلجأ الدولة إلى الاستقراض — إذ أن الاستقراض في الازمات — إنما يكون حيث يربحى لبيت المال دخل ينتظر — أما إذا لم ينتظر شيء — وضعفت

(١٤) سورة البقرة آية ٢١٥ •

(١٥) مسند أحمد حنبل ج ٥ ص ٢٧٩ — ٢٨٠ •

(١٦) انقراطى — الجامع لاحكام القرآن ج ٢ ص ٢٢٣ •

(١٧) الغزالي — المستصفى — ج ١ ص ٣٠٣ — ٣٠٤ •

وجرى التخلي بحيث لا يفي فلان من جريان حكم التوظيف (١٨) وإذا ما رجعنا الى تطبيقات ذلك في الدولة الإسلامية — وجدنا فيما رواه عبد الرحمن بن أبي بكر : أن أهل الصفة كانوا قوما فقراء يجتمعون في مكان بمسجد النبي صلى الله عليه وسلم وكان يطعمهم من طعامه — وفي ذلك يقول : « من كان عنده طعام اثنين فليذهب بثالث ، ومن كان عنده طعام أربعة فليذهب بخامس أو سادس » (١٩) .

وقد الرسول صلى الله عليه وسلم « من كان له فضل زاد فليعد به على من لا ظر له » (٢٠) وهذا يقتضي وجوب انعام الفقير على من كان يستطيع انعامه ولا يجوز تركه عرضة للجوع (٢١) ولما كان عام المجاعة في عهد عمر — أرسل الى ولاية الأمصار ليمدوه بالطعام والأموال — فأرسل له كل وال ما استطاع إرساله — وكان يوزع الطعام على الناس بالسواء — ومما أثر عنه في تلك المحنة قوله « لو امتدت المجاعة لوزعت كل جائع على بيت من بيوت المساكين — فإن الناس لا يهلكون على أنصاف بطونهم » (٢٢) ومن أقواله في هذا الشأن « لو استقبلت من أمرى ما استدبرت — لأخذت فضول أموال الأغنياء — فردحتها على فقراء المجاهدين » (٢٣) وعلى ذلك فالصدقة واجبة في المال فضلا عن الزكاة كما أن فرض الدولة الضرائب — إذا لم تف الزكاة والصدقات واجب

(١٨) للقاتشندى — مبيع الأعشى ج ٤ ص ٥٥ .

(١٩) البخارى ج ٥ ص ٣٨ — ٣٩ .

(٢٠) مختصر مسلم — كتاب القيامة ج ٢ ص ٤٣ حديث رقم ٦٠٦٦ .

(٢١) ابن القيم — اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٢٥ .

(٢٢) الدكتور مصطفى السباعى — اشتراكية الاسلام ص ١٢٦ .

(٢٣) ابن حزم — المحلى — ج ٦ ص ١٥٨ .

عليها القيام بواجباتها — وقد روى ابن حزم (٢٤) عن ابن عمر أنه قال : في مالك حق سوى الزكاة — ثم قال : وصح عن الشعبي ومجاهد وطاووس وغيرهم كلهم يقولون : في المال حق سوى الزكاة — ثم أرفف هذا بقوله : مانظم عن أحد فهم خلاف هذا الا عن الضحاك بن مزاحم — فإنه قال : نسخت الزكاة كل حق في المال — ثم أعرب ابن حزم عن رأيه في الضحاك فقال وما رواية الضحاك بحجة — فكيف برأيه ؟ •

وكما سبق أن أوضحنا — فقد حدد ابن حزم مستوى الكفاية للأفراد — الذي تلتزم الدولة بكفالاته لهم — والذي يحق لها من أجله أن تتخطى حدود الزكاة المفروضة — فتفرض الضرائب وتجبها للانفاق في هذا المسبيل — بأن يقام لهم :

- ١ — بما يأكلون من القوت الذي لايد منه •
- ٢ — ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك •
- ٣ — ويمسكن يقيهم من المطر ، والصيف والشمس — وعيون المارة •

المسألة الثالثة : الوقف :

الوقف : لغة — الحبس — وهو مصدر وقف — أى حبس — ومنه الموقف — لحبس الناس فيه — للحساب — كما تقول وقفت عن المسير — اذا منعت نفسك عنه — ومنه الاطلاع — تقول : وقف على المعنى : أى اطلع عليه — ووقفته على ذنبه — أى أطلعته عليه (١) •

(٢٤) ابن حزم — المحل ج ٦ ص ١٥٨ •

(١) المختار — مادة وقف •

ومعناه شرعا : حبس العين على حكم ملك الواقف — والتصدق
بما انفعة على جهة من جهات البر في الحال — أو المال • وذلك عند أبي
حنيفة (٢) •

ويعرفه آخرون — بأنه حبس العين على حكم ملك الله تعالى —
والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء — أو انتهاء — وذلك
عند صاحبين — وملك والشافعي (٣) والفقهاء متفقون على أن الوقف،
مستحب شرعا — واكتهم اختلفوا في لزوم الوقف بعد صحوره — فاستند
القائلون بعدم لزومه — وذلك رأى الامام أبي حنيفة الى قول النبي
صلى الله عليه وسلم : « لا حبس عن فرائض الله » (٤) ووجه الدلالة —
أن القول بلزوم الوقف — وخروج العين الموقوفة من ملك الوقف —
يترتب عليه حبس المال عن الورثة — ومنعهم من أن يأخذوا فرائضهم
التي فرضها الله لهم — فيكون منها عنه — والقول بعدم لزومه يتفق
مع آيات المواريث — ولا حبس فيه فيكون هو المشروع (٥) •

واستند القائلون بلزومه — الى ما روى عن عمر بن الخطاب —
من أنه جاء النبي صلى الله عليه وسلم فقال له : أصبت أرضا بخيير —
لم أصب قط أنفس منها عندى فما تأمرنى به ؟ فقال الرسول : ان شئت
حبست أصلها — وتصدقت بثمرها — (٦) فتصدق بها عمر — أنها لا
تباع — ولا توهب — ولا تورث — وتصدق بها في الفقراء • وفي

(٢) ابن عابدين — حاشية رد المحتار ج ٣ ص ٤٩٣ •

(٣) شرح الباجي للموطأ ج ٦ ص ١٢٢ •

(٤) مسند المارقطى ج ٢ ص ٤٥٤ •

(٥) الدكتور محمد مصطفى شلبى — محاضرات في الوقف والوصية

ص ٩ سنة ١٩٥٦م •

(٦) أخرجه الستة — كما جاء في نصب الراية ج ٣ ص ٤٧٦ •

القريبى — وفى الرقاب — وفى سبيل الله — وابن السبيل — والضيف —
لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويمطعم غير متمول (٧)
والرأى الراجع — هو قول الصاحبين — بلزوم الوقف •

والوقف هو أحد المؤسسات التى أقامتها الدولة الإسلامية لكفالة
الفقراء وهو نوعان : أهلى — وخيرى •

فالوقف الأهلى : يقصد به تأمين التكافل الاجتماعى لأقرباء الواقف
وذريته وذلك احتفاظاً لهم بقدر مناسب من العيش طول حياتهم —
بحيث يؤول ما يدره بعمدهم الى جهة خير لا ينقطع — كالفقراء —
والمؤسسات الاجتماعية •

والوقف الخيرى : يكون لتمويل التكامل الاجتماعى لكل جهات
المبر والخير — وهى متعددة • لا تدخل تحت حصر — ويحددها الواقف
فى شروطه •

وقد كان فى واقع المجتمع الإسلامى — أوقاف لكفالة الأيتام —
والمكفلة — والمعجزة — والعميان — والمقعدين •

كما وجدت أوقاف على المساجد — والمدارس — والمستشفيات —
والمقارن — والتكيا — والسكيات — والمقابر •

وأوقفت أعيان على القرض الحسن — والأشجار المثمرة —
والتزويج الشباب — والفتيات — ونحو الأضاحى فى عيد الأضحي —
وتوزيعها على الفقراء فى رمضان •

وكذلك أوقفت أموال على اعداد السلاح والخيول للجهاد — وتجهيز
المقاتلين — بالمال وغيره — واصلاح الجسور — والطرق العامة •
والوقف : اجراء اختياري للفرد — بعكس الزكاة — فهي فريضة
واجبة — ويعكس الصدقة — اذ تصبح واجبة عند لزومها •
تلك هي ركائز كماله العيش الكريم في النظام الاسلامي — تؤمن
بها الدولة • حياة المحتاجين — وتكفل بها معيشة المعوزين :
« والله أعلى وأعلم »

د/ عبد الصمد سيد محمد صميحة

نطاق الحماية الجنائية للميئوس من علاجهم والمشوهين خلقياً في الشريعة والقانون

د/ محمد زين العابدين طاهر محمد
مدرس القانون الجنائي
بكلية الشريعة والقانون بأسبوط

تمهيد وتقسيم :

مما لا شك فيه أن للحالات الصحية والخلقية التي تتسم بطابع الخروج عن المألوف في مجال السنن الكونية اعتباراً قيمياً يتعلق بسلامة أحكام التي تسرى على مثيلاتها من الحالات السوية الأخرى ، وهذا الاعتبار مرجعه أساساً الى طبيعة المعطيات التي تنطلق من هذه الحالات غير السوية أياً كانت طبيعتها وأياً كان مجالها ، أي سواء كان ذلك في نطاق الحالات الميئوس من علاجها ، أو الحالات الخاصة بالمشوهين خلقياً ، وسواء كانت المعطيات طبية أم شرعية أم قانونية وسوف نحاول بعون الله وتوفيقه لقاء الضوء على هذه المعطيات المختلفة لكلتا الحالتين لمعرفة نطاق وحدود الحماية الجنائية التي تترتب على ذلك وذلك فيما يأتي :

(١) أي الذين لحقهم نوع من عدم السوية في الخلقة - بكسر الخاء - لا بضمها كما سوف نشير الى ذلك في حينه .

المطلب الأول

المعطيات الطبية لكل من الميئوس

من علاجهم والمشوهين خلقيا

أولا : بالنسبة للميئوس من علاجهم :

قبل التعرض لهذه المعطيات الطبية يجدر بنا اللقاء الضوء على المضمون الخاص بالميتئوس من علاجه ثم على تلك المعطيات •

الميتئوس من علاجه : هو الشخص الذي اعتراه مرض عضال غير قابل للعلاج في الوقت الراهن (٢) • أو بمعنى آخر : هو الشخص الذي أصيب بمرض ما واستغذ الأطباء معه كل وسائل العلاج وصار غير قابل للشفاء (٣) • ومثل هذه الأمراض الميتئوس من علاجها غالبا ماتكون أمراضا قاتلة بالنسبة للإنسان ، ومن هذا المنطلق كان لأعديد من هذه الأمراض الآثار السيئة على شخصية المريض ونفسيته وحياته التي قد تدفعه في كثير من الأحوال الى التخلص من نفسه أو الانتحار ، فالعلاقة وثيقة بين صحة الإنسان ونفسيته (٤) ، لأن الصحة والمرض

- (٢) انظر مضمون هذا المعنى د. أحمد شرف الدين - الحدود القانونية والانسانية للانعاش الصناعي - بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية (المجلد التاسع عشر) العدد الثالث نوفمبر ١٩٧٦م ص ٤٥٨ •
- (٣) وصيورته غير قابل للشفاء انما كان بحكم علم البشر ، أى بمقتضى الأسباب التي هي في مكنه ومقدور انبشر لا بحكم علم الله سبحانه وتعالى وقدرته على الشفاء والا فما من داء الا وضع الله له دواء ، ولذلك كان الطب في كل يوم يظهر بالجديد في هذا المجال •
- (٤) انظر د. محمد السعيد رشدى - الجوانب القانونية والشرعية لمجراحة التجميل - دراسة مقارنة ص ١٤ ط ١٩٨٧ •

أيضا من خصائص الأجسام العضوية وحدها بل يشملان النفوس والأرواح أيضا ، فالإنسان ليس جئة ناطقة فحسب بل هو نفس عاقلة (٥) أيضا لها مملكتها ووضعها الخاص في الحياة •

وعلى الرغم من ذلك أى من حيث ما يعترى مثل هذه الحالات من يأس فيما لحق بجسم الإنسان من الداء العضال الذى أستنفد كل وسائل العلاج — فإن لهذه الحالات معطياتها المخفية في المجالات الممتدة من النواحي الطبية والشرعية والقانونية (٦) • مما يجعلها محل اعتبار في الإبقاء على الميئوس من علاجه والمحافظة عليه بكافة الوسائل المختلفة ، ومن بين هذه الوسائل الوسائل الطبية أو العلاجية التى نطلق أساسا من المعطيات الطبية التى تجعل هذه الحالة منوطة بذلك الوسائل العلاجية أو الطبية من حيث المحافظة على الميئوس من علاجه والإبقاء على حياته ، ولما كانت لهذه المعطيات الطبية اعتبارها بآثارها في هذا المصدد كان من الجدير بنا التعرض لهذه المعطيات إبان ما لها من اعتبار في المحافظة على مريض هذه الحالة •

المعطيات الطبية الخاصة بالميتوس من علاجه :

مما لا شك فيه أن الميتوس من علاجيه أنما هو أنسان يتسم بالطبيعة البيولوجية ويشتمل على العديد من الأعضاء التى تقوم بمهامها الوظيفية في الحياة من الوجبة التشريحية (٧) والاجتماعية وأن أى خلل في هذه

(٥) د. عبد الستار أبو غدة — المبادئ الشرعية للتطبيق والعلاج — بحث مقسم الى المؤتمر العالمى الثانى للطب الاسلامي المنعقد بالكويت ١٩٨٣م والمنشور بمجلة المسلم المعاصر المئنة التاسعة العدد ٣٥ ص ١٠٥ (٦) وسوف نشير الى هذه المعطيات الشرعية والقانونية في المطلب الثانى من هذا المبحث •

(٧) وانظر تفصيلا في كيفية القيام بهذه المهام الوظيفية للأعضاء وخاصة الأعضاء الحيوية الهامة كالقلب د. شفيق عبد الملك — علم التشريح ووظائف الأعضاء ص ٣٤٧ ، ٣٤٨ ط ٧ مصورة •

الناحية من شأنه أن يعكر على الانسان صفو حياته ، فهو وإن كان قد دامه المرض القتال إلا أن ذلك لا يعنى اهدار حقه في العلاج ، لذلك فإن هذا المخل الذي دب في العضو من الناحية التشريحية أساسا في ثبوت حق المريض في مواجهة الأطباء ببذل كل وسائل العلاج — أيًا كانت طبيعة الداء الذي اعتراه — للمحافظة على حياته وسلامة جسمه أو حيويته وفقا لما تقتضى به قواعد وأخلاق المهنة الطبية ، لأن ذاتية مظهر جسم الانسان التي هي إحدى الصفات المميزة له في الحياة عن غيره ممن هم في عداد الموتى أو « ميتى الاحياء » هي التي تنطلق من حيويته (٨) التي يمكنها القوى الحيوانية في الانسان (٩) ، ولما كان لتنظيم العلاج الطبى ، وظائفه الهامة واعتباره في أعين الناس دائما (١٠) فإنه من هذا المنطلق كان الأطباء مطالبين ببذل قصارى الجهد تجاه المريض الميؤوس من علاجه في سبيل المحاولة لانقاذ حياته وسلامة جسمه ، لأن أهمية مادة الجسم تأتي من منطلق المحافظة على المهام الوظيفية للأعضاء من الوجهة التشريحية وما يستتبع ذلك من القيام بالمهام الاجتماعية والشرعية والقانونية التي تقتضها أساسا مع الوظيفة الاجتماعية للعمل الطبى التي منحت الأطباء حق امتياز على جسم الانسان (١١) والتي تكمن أساسا في المحافظة على حياة وسلامة

(٨) انظر مجلة لايف الطبية العلمية — العدد الخاص بجسم الانسان

ص ٣٥ ط ١٩٦٨ م د. آلان إيمانورس .

(٩) أى القوة التي اذا حصلت في الأعضاء هيأتها لقبول قول الحس

والحركة وأفعال الحياة .

انظر القانون فى الطب لابن سينا ج ٢ ص ٧٠ ط جديدة بالافونس

مصورة عن طبعة بولاق .

(١٠) انظر د. مخنف عبد المنعم نور — الطب والمجتمع ص ٤٥ ط

١٩٨٣ م .

(١١) انظر في ذلك :

R. SAVATIER : Impérialisme médical sur le terrain du droit.

R. DALLOZ 1952 p. 157.

الأفراد (١٢) للقيام بتلك المهام الوظيفية ، لذلك فان تحسين صحة الفرد واسعاده هو هدف اجتماعي الزامى (١٣) ، ومن هنا كان الطبيب حكما ونائبا عن المجتمع في تقرير ما يراه مفيدا للمريض والمجتمع في مثل هذه الحالات الميثوس منها (١٤) متى كان ذلك في اطار الحدود الشرعية والقانونية ، ومن هنا كان من واجبات الطبيب عدم الاكتفاء بتقديم الدواء التقليدي أو الوسائل العلاجية التقليدية ، بل يجب عليه اللجوء الى كل ما من شأنه أن يأنس فيه محاولة الحصول على الشفاء باذن الله - من الوسائل انطبية الحديثة أملا في احراز التدرجات المرضية من التقدم الصحى والنفسى للمريض الميثوس من حياته ولو كان ذلك بوضعه تحت أجهزة الانعاش الصناعى (١٥) ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن العلاج الطبى يمنع كثيرا من المآسى (١٦) التى تمثل منطلقا للعديد من المشاكل الاجتماعية والاقتصادية والصحية الأخرى، خاصة اذا كان على ضوء الايجابيات الطبية التى أحدثها التقدم الطبى البائل في هذا العصر وما ترتب على ذلك من نتائج طيبة في هذا المجال فهناك العديد من الأمراض التى كان ميئوسا من شفائها من قبل أصبحت

(١٢) انظر فى هذا الحق أيضا :

R. SAVATIER : Sécurité humaine et Responsabilité civile du médecin DALLOZ 1967 P. 35

(١٣) انظر د° سعيد محمد الحفار - البيولوجيا ومصير الانسان ص ١٩٣ ط (١٩٨٤) .

(١٤) د° أحمد شرف الدين - الحدود القانونية والانسانية للانعاش الصناعى ص ٤٥٩ (مشار اليه سابقا) .
(١٥)

15. Dr. ALY ABD EL-NABY : Frenesic Medecin and Toxicology P. 25, (1975)

(١٦) الموسوعة الطبية الحديثة ج ١٢ ص ٦٩٢ ترجمة مجموعة من كبار الأطباء . د/ ابراهيم أبو النجا ، د/ عيسى حمدى المازنى ، د° لويس دوس .

محلا للعلاج بل وتحقق فيها الشفاء — باذن الله تعالى — كما هو الحال بالنسبة للأعضاء الناقصة التي تم استبدالها بأخرى عن طريق النقل-والزرع سواء كان مصدرها انسان خفي (١٧) أو جثة ميت (١٨) ، أو كان عن طريق نقل الدم (١٩) ، أو غير ذلك من وسائل العلاج الأخرى. لئلا هذه الأمراض وغيرها من الأمراض الأخرى التي تماثلت للشفاء اليوم (٢٠) ، والتي لازال بعضها محل اجتهاد من قبل الأطباء للبحث عن وسيلة علاج له (٢١) ، وإلغته مهما قرر الأطباء أنه لا علاج للمرض.

(١٧)

17. Dr. JEAN-YVES NEVEUX : L'hémotransplantation Rénale chez l'homme. (Cahiers Laennec) Mars 1966, P. 15 et s, G.F. MONTIER : A propos des Greffes du Cœur. (Gazette du Palais) P. 84, (1968).

(١٨)

18. René SAVATIER : Le problème des Greffes d'Organes prélevés sur un Cadavre Dalloz. P. 89, (1968).

وتفصيلا انظر : رسالتنا الخاصة بنطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي دكتوراة ١٩٨٦ وخاصة ص ٣٣٨ ، ٤٢١ .

(١٩) انظر :

- R. SAVATIER : De sanguine Jus, Dalloz, P. 141 et s. (1954).

(٢٠) كما هو الحال بالنسبة لمرض (Hodkin) وهو مرض hemolytique neonatal الذي يلحق بالأطفال حديثي العهد بالولادة حيث توصف إلى علاجه وشفائهم عن طريق تغيير الدم (انظر في ذلك : د. محمد سنامي السيد الشوز - الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ص ٤١٧ ط ١٩٨٦ .

(٢١) كما هو الحال بالنسبة لمرض (Toy Sake) وهو مرض يولد به الطفل ويظهر وكأنه سليم ولكنه يبدأ في المعاناة من سن الثانية ثم لا يلبس أن يموت ، وكذلك مجموعة الأمراض التي يطلق عليها أمراض (DAWNS SYNDROME)

الميثوس منه فان ذلك ليس محل اعتبار ، لأن لكل داء دواء لقوله عليه الصلاة والسلام : « عباد الله تداووا فانما خلق الله لكل داء دواء (٢٢) ، وإذا صادف الداء الدواء برىء صاحبه باذن الله ، أيا كانت طبيعة الدواء مادية أو روحية (٢٣) ، فالشفاء هو منة صاحب الشرع على المرضى من عباده ، لأن الذى وضع الشرع هو الذى وضع الطب (٢٤) ، ولأن سبب الإبقاء على حياة الميثوس من علاجه من الوجهة الطبية هو أنه من المستحيل أن يعرف الأطباء على وجه التأكيد ما اذا كانت حالته غير قابلة للشفاء ، فقد شفيت حالات من قبل كان ميثوسا من شفاؤها (٢٥) — كما سبق القول ، وقد يجد جديد فى مجال العلم يتيح شفاء مثل هذه الحالات التى نحن بصدها (٢٦) ، ومن هذا المنطلق كان الواجب على الأطباء العمل على إبقاء حياة مثل هؤلاء المرضى

=

راجع فى ذلك : د. الحفار — البيولوجيا ومصير الانسان ص ٨٨ وما بعدها ، وانظر بعض الأمراض القتالة فى الطب الإسلامى . طب الرازى — دراسة وتحليل لكتاب الحاوى ص ١٨١ ، ١٨٢ (ط محققة) . (٢٢) رواه أبو داود ج ٤ ص ٣ ط (بيروت) . (٢٣) كما هو العلاج بطريق الرقيا فى الشريعة ، وقد كان لها أثرا فى شفاء العديد من الأمراض التى كانت مستعصية على الطب البشرى كالصرع الناجم عن الأرواح الخبيثة (انظر زاد المعاد لابن القيم ج ٤ ص ٦٦ وما بعدها ط بيروت) والسحر وغيره من الأمراض التى تخرج عن قدرة الطب البشرى وانظر أيضا : الطب النبوى لابن القيم أيضا ص ٧٠٥ (ط محققة) ، تفسير القرطبي المجلد الثانى ص ١٢٧٦ ط أولى ، أيضا المدخل للطب الإسلامى د. محمد على مطاوع ص ٥٢ (١٩٨٥) وفى التحويل على هذه الوسيلة انظر أيضا : الموسوعة الطبية الحديثة — المشار إليها سابقا ج ١٢ ص ١٦٩٢ وما بعدها . (٢٤) قواعد الأحكام للامام العز بن عبد السلام ص ٤ ط دار الشروق .

(٢٥) انظر : الموسوعة الطبية الحديثة ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢٦) د. محمد على مطاوع — المدخل للطب الإسلامى ص ١٨٢ .

الميتوس من حياتهم وامدادهم بأقصى ما يسعهم لتخفيف آلامهم وتهيئة قصارى جهودهم لراحتهم (٢٧) ، فالريض اذا شعر بأن لذائه دواء تغلق قلبه بروح الرجاء وبرد من حرارة اليأس وانفتح له باب الرجاء وكان سببا في قوة نفسه وانبعث الحرارة الغريزية فيه وقوة الأرواح الحيوانية والنفسية والطبيعية (٢٨) ، ولا حرج على الطبيب اذا ما رأى علاجه أخفق في أن يستتير باستشارة زملائه المختصين ، ولا ينقص هذا من مكانته ويترك علاجه ويلجأ الى العلاج المقترح (٢٩) ، وهذا الاجتهاد قد يكون له أثره في الشفاء — باذن الله — خاصة اذا ما صادف هذا الدواء أو العلاج داء المريض (٣٠) العضال أو ألمه نعضى علاجه .

ثانيا : بالنسبة للمشوهين خلقيا :

المشوة خلقيا : هو الذى خلق على غير الوضع البدنى السوى ، أو هو : الذى لحقت به بعض التشوهات الخلقية التى تخرجه عن عداد الأسوياء في المجتمع من بنى جنسه ، وقد يكون ذلك مصدره العامل الوراثي ، لأن المظهر الاجمالى للكائن يكون محكوما باجمالى الجينات التى نقلها اليه الأبوان (٣١) .

والواقع أن الحالات الخاصة بالمشوهين بدنيا أو خلقيا لا تظلو من حالتين :

- (٢٧) انظر المرجعين السابقين الموسوعة ج ٢ ص ٢٣٥ ، المدخل للطب الاسلامي ص ١٨٢ ، وانظر ايضا . طب الرازي ص ١٦٠ .
- (٢٨) اططب النبوي لابن القيم ص ١٢ .
- (٢٩) انظر الطب الشرعى والبوليس الفنى الجنائى د : يحيى شريف . د / محمد عبد العزيز سيف النصر ، د / مشالى ج ٢ ص ١٨ ط ١٩٥٨ .
- (٣٠) وانظر في ذلك وعلى سبيل المثال : طب الرازي ص ٣٠٦ .
- (٣١) د الحفار — البيولوجيا ومصير الانسان ص ٢٩ .

الأولى : وهى التشوهات المكتسبة التى تلحق بالشخص نتيجة إصابته بإحداث معين ترتب عليه ذلك كحوادث الحروق ، وإصابات العمل فى حوادث العمل وحوادث السيارات والقطارات ، وكذلك الإصابات الناجمة عن ممارسة لون من الرياضات العنيفة كاللاكمة والمصارعة الحرة وما يترتب على ذلك من تشوهات الوجه وغير ذلك ، أى أن هذا النوع من التشوهات يكون الإنسان قد ولد سوى الخالقة ثم حدثت له هذه التشوهات المكتسبة .

الثانية : وهى التشوهات الخلقية — أى الطبيعية — وهى التى يولد بها الإنسان وهو على هذه الحالة ، وقد يكون محل هذه التشوهات الخلقية عضو أو أكثر وقد يكون داخليا — أى خاص بعضو داخلى فى الجسم — وقد يكون خارجيا — أى خاص بأعضائه الخارجية كالأرجل والأطراف وغيرها (٣٢) ، وقد يكون هذا التشوه راجعا الى التصاق توأمين فى عضو أو آخر (٣٣) وقد يكون هذا التشوه راجعا إلى اختلاف هيئة المولود أو طبيعته عن هيئة الإنسان ، وقد يكون هذا الاختلاف

(٣٢) كما هو الحال بالنسبة للشفاة الكبيرة الحجم أو المشقوفة إلى الأنف الصغير أو الكبير أو القطساء أو المقوسة ، والأذن الصغيرة الضامرة أو الكبيرة الواقفة ، والنهود الضامرة ، وكذلك طول القامة المفرط أو القصر غير المعهود وانظر فى عرض بعض الأمثلة للتشوهات والعيوب الخلقية الأخرى : د. محمد السعيد رشدى الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٩ ، وانظر فى أنواع هذه الحالات د. محمد سامى — الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص ٥٠٠ .

(٣٣) فقد وضعت سيده مصرية فى صعيد مصر توأمين ماصقين عند البطن والصدر وبحبل سرى واحد ولهما أربع أرباع وأربع أرجل انظر جريدة الوفد عدد (الجمعة) ١٨ مارس سنة ١٩٨٨ ، وأيضا ما طالعنا الصحف من ولادة توأمين ملتصقين فى الرأس فى جنزب أفريقيا ، وتم إجراء عملية فصل لهما . الاخبار (الاثنين) ١٩٨٨/٥/٩ العدد ١١٢٢٧ ص ١٠ .

كلية في الهيئة أو الصورة ، كما لو كان المولود أشبه بصورة الحيوان (كالقرد مثلا) ، وقد يكون هذا الاختلاف جزئيا كما لو كان المولود مختلط الهيئة ، كما لو كان نصفه الأعلى لإنسان والآخر في صورة حيوان وقد يكون ناقص عضو ، أو زائد (٣٤) ، وقد يكون في اختلاف مراضع الأعضاء وغير ذلك مما هو خارج عن الخلقة السوية المألوفة في بنى جنس المشوه ومما لاشك فيه أن المشوة خلقيا — وإن كان الله عز وجل يمنحه نعمة السوية في الخلقة إلا أنه سبحانه وتعالى قد منحه الحياة ، ولا يعنى فقدان الأولى اهدار الثانية ، ذلك لأنه سبحانه وتعالى أدخله في عداد التكريم الإلهي الذي أسبغته على عنصر أوصفه الإدمية في الإنسان لقوله تعالى : « ولقد كرّمنا بنى آدم » (٣٥) وإذا كان سبب الوهن والضعف أو المرض لا يسأل عنه الشخص غالبا (٣٦) فإنه من باب أولى من كان لصيقا بشخصه من حيث التكوين الخلقى الذى قدر الله له أن يوجد عليه ، ولذلك فهو لا يسأل عنه (٣٧) وإلو كانت الخلقة ينفر منها ضعاف النفوس أو كانت محل استمزاز من الغير .

ولما كن لهذه التشوهات الخلقية في بعض الأحوال بعض الآثار الخطيرة على حياة المرء الاجتماعية ونفسيته بل وعلى شخصيته أيضا ، فإنه متى كان التشويه أو العيب البدنى قابلا للإصلاح والعلاج فإنه

(٣٤) فقد ولد فى الصين طفل له رأسان وله قلب واحد وأمعاء واحدة وله عمودان فقرتان ومعدتان . انظر المجلة العربية العدد ١٠٢ ص ١٠ ١٩٨٦ ص ١٦ ، كما ولد طفل فى جمهورية مصر العربية له ثلاثة رؤوس وست أصابع فى كل يد وقسم جريدة المساء ٧ يناير سنة ١٩٨٨ (الخميس) ص ٤ ، كما ثبت أيضا ولادة طفل مشوه بثلاث أرجل - الأهرام عدد ١٤ يوليو سنة ١٩٨٧ ص ٢٠ .

(٣٥) سورة الاسراء الآية ٧٠ .

(٣٦) الطب والمجتمع ص ٤٣ (مشار اليه آنفا) .

(٣٧) قواعد الأحكام ج ١ ص ١٢٨ (دار الشروق) .

لا حرج على الشخص في ذلك . اتفادى ما يمكن ان يتعرض له الشخص من الآثار الاجتماعية (٣٨) والنفسية السيئة من جراء هذه العيوب أو التشوهات الجسدية ، الأمر الذى يجعل التدخل الجراحى بطريق التجميل حسبما تعوزه الحاجة هو العلاج الوحيد لوضع حد لسوء الحالة النفسية التى تؤذى المبتلى بالمعاهة فى جسمه (٣٩) ، ولا أن اصلاح هذه التشوهات يجعله داخلا فى مفهوم الصحة ، لأن الصحة حالة تستتزم كون البدن جاريا على المجرى الطبيعى (٤٠) ، ولأن الطب حافظ للصحة دافع للمرض ، فالواجب البقاء وعدم اختلال البنية (٤١) أيما كان الاختلال داخليا أى خاص بالأعضاء الداخلية ووظائفها أو خارجيا أى خاص بالأعضاء الخارجية الذى يمثل هيئة الإنسان على الوضع والصورة التى يجب أن يكون عليها دون عيب أو خال ، لأن هيئة الإنسان انما هى تابعة للجسم (٤٢) ، كما أن بقاء الأعضاء على الهيئة السابقة تعذر نوعا من السلامة المعنوية للشخص التى تقتضى الاعتراف للفرد بحقه على الهيئة أو الصورة التى تعكس كيانه المادى . وتعتبر مظهر شخصيته (٤٣) الأمر الذى يجعل للعمليات التجميلية فى هذا المجال أهمية كبيرة أيما كانت طبيعتها ولو كانت عن طريق تزيين

(٣٨) د. محمد على مطاوع - مدخل الى الطب الاسلامى ص ١٩٢ .

(٣٩) انظر : حسين عامر ، عيد الرعييم عامر .

المستولية المدنية - التقصيرية والعقدية ص ٢٠٥ (ط ٢ ١٩٧٩م) .

(٤٠) انظر : تذكرة أولى الألباب والعجب العجيب لداود بن عمر

الأنطاكي ج ٢ ص ١٣٨ ط صبيح ، النزعة المبهجة فى تشخيص الأذهان .

وتعديل الامزجة لابن عمر الأنطاكي ج ١ ص ١٣٨ بهامش التذكرة .

نفس الطبعة .

(٤١) تذكرة أولى الألباب ج ٢ ص ١٤٠ (والمسمى بتذكرة داود) .

(٤٢) انظر : حاشية أبى الضمياء نور الدين ج ١ ص ٢٨ مطبوع

بهامش نهاية الجتناج للبرمل (ط مصطفى الحلبي) .

(٤٣) د. حسن كيرة - المدخل الى القانون ص ٤٢٢ ط (١٩٧١م) .

عضو غير كامل البنیان ، أو ازالته وزرع آخر مكانه ، أو اصلاح عضو مشوه جزئيا (٤٤) ، طالما كن ذلك في اطار تحقيق المصالح المشروعة . ولم يكن من منطلق التغير لخلق الله (٤٥) ، أو تؤدي الى حدوث ضرر أشد أو مفسدة أعظم من المراد ازلتها ، ولا دخلت في الاطار المنهي عنه شرعا ، لقوله تعالى : « ولأمرنهم فليغيرن خلق الله (٤٦) (حكاية من إبليس لعنه الله) ، وقوله : « لا تبديل لخلق الله » (٤٧) ، وللقاعدة الشرعية التي تقرّر « من درء المفسد مقدم على جلب المصلح » (٤٨) ، وقانوننا (٤٩) أيضا ومتى كانت هذه الوسيلة العلاجية - أي الجراحية التجميلية - قد تمت في إطارها الشرعى والقانونى فإنها تفتح آفاقا جديدا للمشوه الخلقي في مجال الصحة والسعادة من ناحية ، وأعمال حقوقه المكتسبة شرعا له خاصة في مجال السياسة الشرعية أو الولاية العامة (٥٠) من ناحية أخرى بالإضافة الى تحقيق الصورة الجمالية والمهيئة الحسنة السوية المستوحاه من قوله تبارك وتعالى : « وصوركم

(٤٤) انظر في ذلك تفصيلا رسالتنا السابقة - نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء ج ١ ص ٣١٣ وما بعدها وأيضا ، الجوانب الشرعية والقانونية لجراحة التجميل د . محمد السعيد رشدى ص ٩ وما بعدها ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم د . محمد بسيام السيد ص ٤٩٩ وما بعدها (ط ١٩٨٦) ، الموسوعة الطبية الحديثة ج ١٠ ص ١٥١٣ .

(٤٥) انظر : د . محمد علي مطاوع في المدخل للطب الاسلامى .

(٤٦) سورة النساء الآية ١١٧ .

(٤٧) سورة الروم الآية ٢٩ .

(٤٨) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٠ .

(٤٩) انظر في ذلك : كورنبرويست في رسالته : جراحوا التجميل

من ادعاء القدرة على التغير في الخلقة التي صنعها الله هو عمل شائن .

(٥٠) كما هو الحال بالنسبة للأمامة حيث اعتبر بعض الفقهاء انه

بعض التشوهات الخلقية مانعة من انعقاد الأمانة في حقه . انظر على

سبيل المثال : الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٨ ط (١٢٩٨ هـ) .

(٧ - شرعية)

فأحسن صوركم» (٥١) ، وقوله : « لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم » (٥٢) فحسن الصورة وجمال المظهر وحسن القوام هما عنصر الجمال في الإنسان حتى لا ترى أحدا يتمنى أن يكون على غير هذا التقويم والصورة التي أنشئ عليها (٥٣) الإنسان من الخلقة السوية .

كما أن هناك من الأعضاء فيها من الجمال والنفع الكامل ما يجعل الآدمي يمتاز به من بين سائر الحيوانات فتقويته في معنى تقوته النفس (٥٤) . ونظرا لما في تقويت هذه الأعضاء من منافع وجمال كان قطعه ، أو تشويهه يعتبر عامة مستديمة (٥٥) وموجب لتطبيق العقوبة المقررة شرعا وقانونا في هذا الصدد .

المطلب الثاني

المعطيات الشرعية والقانونية لكل من

الميتوس من علاجه والمشوة خلقيا

أولا : بالنسبة للميتوس من علاجه أو حياته :

إذا كانت الوظائف العضوية التي تقوم بها الأعضاء في جسم الإنسان تتأثر أهمية فائقة من الوجهة التشريحية في مجال إبقائها على الوضع الذي وجدت عليه والمحافظة عليها بكل الوسائل العلاجية إذا

(٥١) سورة غافر الآية ٦٣ .

(٥٢) سورة التين الآية ٤ .

(٥٣) بدائع الصنائع ج ١ ص ٩٠ طبعة الامام طبعة ثانية .

(٥٤) انظر : المبسوط للسرخسي ج ٢٦ ص ٦٨٠ ، كشاف القناع

ج ٥ ص ٥٤٩ ط ١٤٥٢ هـ .

(٥٥) الطب الشرعي-النظري والعمل د . محمد عبد العزيز سيف

والنصر ص ١٥٩ ط ١٩٥١ م .

ما اعتراها خلل ، فانها أيضا محل اعتبار مطلق من الوجهة الشرعية والقانونية من حيث ابقائها والمحافظة عليها أيضا يمنع كل ما من شأنه النيل من سلامة الحياة أو الجسم ولو كان قد اعتراها من الخلل الوظيفي ما لا يرجى معه العلاج أو ما أصبح به الشخص ميؤوسا من حياته .

ونأتى أهمية المعطيات من الوجهة الشرعية والقانونية من حيث كون الانسان محلا للتحمل بالحقوق والواجبات أيا كان مجالها الشرعي أو بمعنى آخر تعبدية أو اجتماعية ففي المجال الشرعي : نجد أن الشخص ملقى على عاتقه حقوقا متعلقة بالغير وفي مقدمتها حق الله سبحانه وتعالى أو التكاليف الشرعية التي تنطلق أساسا من الوظيفة التعبدية للإنسان (٥٦) التي أشار اليها سبحانه وتعالى في قوله : « وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون » (٥٦) بالإضافة الى حقوقه الخاصة وهي مصالحه (٥٧) ، لذلك كان حق الشخص على جسمه حق مشترك بينه وبين الله تعالى (٥٨) ومن هذا المنطلق لم تكن حياة الميؤوس دن علاجه ملكا له بحيث يمكن له اهدارها نتيجة ما أصابه من مرض ميؤوس من علاجه ، لأن القول بذلك من شأنه أن يؤدي الى اهدار تلك الحقوق الواجب أدائها شرعا لأن الأداء هو المقصود في حقه تعالى (٥٩) فلا يجوز اسقاطه (٦٠) بأي حال ، ولأن حق الله يتعلق بالرفع العام (٦١) للمجتمع ، أي الذي يعود على المجتمع وهو

(٥٦) سورة الذاريات الآية رقم ٥٦ .

(٥٧) انظر : فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت مطبوع بهامش

المستقصى ج ١ ص ٥٦ ط أولى .

(٥٨) قواعد الاحكام ج ١ ص ١٣٠ ط دار الشروق .

(٥٩) كشف الأسرار للبزدوى ج ٤ ص ٢٤١ ط بيروت .

(٦٠) الفروق للقرافي ج ١ ص ١٤٢ ط بالافست .

(٦١) التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٥١ ، كشف الأسرار ج ٤

ص ١٣٤ ط بيروت .

مضمون المصلحة العامة أو حقوق الجماعة التي تتحدد أساساً على مدى حقوق الله تعالى (٦٢) ، أما في المجال القانوني ، فإنه يقع على عاتق الشخص حقوق وواجبات أو ارتفاقات خاصة بالمجتمع ، والقيام بها يأتي في إطار الوظيفة الاجتماعية التي تتعلق بالشخص بالاضافة الى الحق الفردي أو الشخصي للحق في الحياة وسلامة الجسم ، لذلك فإن حق الحياة أيضاً هو حق اجتماعي قبل أن يكون فردياً (٦٣) ، بل هو يأتي في مقدمة الأموال القانونية في المجتمع (٦٤) ، وإذا كان الميئوس من علاجه له حق في حياته ونفسه فإن هذا الحق محدود ومقيد بحقوق غيره من أفراد المجتمع من ناحية وحقوق المجتمع من ناحية أخرى ، فلا يجوز التصرف في الحق الثابت للفرد إلا إذا كان بدون الخلل بالصالح الاجتماعي أو بالنظام العام (٦٥) ، ومن هذا المنطلق كانت حياة الميئوس من علاجه وسلامة جسمه محل حماية في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، بل المحافظة عليهما ضرورة شرعية وقانونية ، لأن المحافظة على حياته تعني المحافظة على هذه الحقوق بطريق التبعية والالزام ، ولو لم يرقم بأدائها في المجتمع لوجود مانعه المرضي لأن مجرد المحافظة على حياته — كما سبق القول — يمثل

(٦٢) انظر المنخل للدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ص ٣٩٣ ط دار السعادة د. عبد الناصر توفيق العطار ، أستاذنا د. سامح السيد جاد في العفو عن العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ص ١٣ ، ٥٢ .

(٦٣) انظر د. محمود نجيب حسني — الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات ص ٥٦٦ — مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث ١٩٥٩ م .

(٦٤) انظر : أستاذنا د. حسين عبيد — فكرة المصلحة في قانون العقوبات المجلة الجنائية القومية عدد مارس ١٩٧٨ ص ٣٩ .
(٦٥) د. علي بدوي — القانون الجنائي ص ٣٨٣ .

ضرورية شرعية وقانونية ، ومن هنا كان أى اعتداء عليه مجرا للمساعدة الجنائية فى كل من الشريعة والقانون كما سيتضح لنا فيما بعد .

ثانيا : بالنسبة للمشوه خلقيا :

أما بالنسبة للمشوه خلقيا فانه وان كان لم يمنحه الله نصيبا وافرا من الصحة والتقويم الانسانى سوى على وفق سنن الله فى خلقه من البشر ، ألا أن شأنه فى كونه مجرا للحقوق المتعلقة بالغير شأن الميتوس من علاجه بل شأنه شأن أى شخص آخر ممن هم سوى الخاقعة ، فهو ناط للحقوق الاجتماعية والتكاليف الشرعية المقررة فى الاطار الشرعى والقانونى ، ويجب عليه القيام بها أينما كان مجالسها الوظائف الاجتماعية أو التعبدية ، أى سواء كان مجالسها شرعيا أو قانونيا (٦٦) ، وارتباطه بهذه الحقوق وخاصة المتعلقة بالغير بالإضافة الى حقوقه الشخصية كان مطلقا لجعله مناطا للحماية القانونية بالنسبة لحياته وسلامة جسمه ، فالتشويه الخلقى أو التبذنى الذى لحق بالشخص لا تتأثر به الوظيفة الاجتماعية أو التعبدية للشخص الا فى الحدود التى تعوقه عن ممارسة هذه المهام الوظيفية وبالقدر الذى لا يستطيع فيه القيام بالحقوق المنوطة به ، لأنه ليس كل ما يلحق بالانسان من وهن أو ضعف يكون الشخص مسئولا عنه دائما (٦٧) ، وخاصة اذا كانت من الصفات الفطرية أو الخلقية التى وجد عليها ولا ذنب له فيها مما هى تدخله فى دائرة المشوهين خلقيا (٦٨) ، لذلك كان وجهه

(٦٦) انظر فى ذلك : مضمون المعطيات الشرعية والقانونية بالنسبة للميتوس من علاجه المشار إليها آنفا والمراجع المشار إليها فى هذا الصدد .
 (٦٧) انظر : الطب والجميع ص ٤٣ المشار إليه آنفا .
 (٦٨) انظر فى ذلك : قواعد الأحكام للامام العز بن عبد السلام

المشروعية في العمل الطبى الذى يصلح من مظهره ونفسيته بالصورة
أو بالتقدير الذى تخفف به من حالات اليأس التى تلحق به ضررا بقيمته
الشخصية والاجتماعية (٦٩) وما قد يكون له من أثر على القيام بمهامه
الوظيفية الشرعية والقانونية في هذا الصدد وما يترتب عليه من أهدار
حقوق الغير التى هى محافظ عليها شرعا والتى فى مقدمتها حق الله
تعالى (٧٠) ومن هنا كان وجه النهى عن قتل النفس والالقاء بها فى
التهلكة لقوله « ولا تقتلوا أنفسكم » (٧١) « ولا تلقوا بأيديكم الى
التهلكة » (٧٢) حتى يتمكن من القيام بهذه الحقوق أيا كانت طبيعتها
شرعية أو اجتماعية أو قانونية ، لأن أى مساس بمستوى الوظيفة
الاجتماعية للشخص يجعل المتصرف خارجا عن دائرة الشرعية
القانونية (٧٣) .

(٦٩) انظر فى ذلك :

.PARANT: de la responsabilité des chirurgiens en matière de
soins esthetique Th. (1932), p. 167.

• مشار اليه فى الحق فى سلامة الجسم ص ٤٩٩ .

(٧٠) انظر قواعد الأحكام ج ١ ص ١٦٧ ، نظرية الضرورة الشرعية

د. وهبة الزحيلي ص ٧٠ ط ٣ .

(٧١) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٧٢) سورة البقرة الآية ١٩٤ ، وانظر أيضا تفسير روح المعاني

للألويسى ج ٥ ص ١٦ .

(٧٣) انظر فى فكرة الوظيفة الاجتماعية ودورها فى الوفاء بهذه

الحقوق أ.د. محمود نجيب حسنى - الحق فى سلامة الجسم - ص ٥٦٦

وما بعدها .

الفصل الأول

نطاق الحماية الجنائية للميتوس من علاجهم والمشوهين خلقيا

تمهيد :

لما كان الميتوس من علاجة والمشوه خلقيا محل اعتبار من الوجهة الشرعية والقانونية نظرا للاعتبارات المتعلقة به من حيث كونه محلا للحقوق والواجبات الشرعية والقانونية شأنهما في ذلك شأن أى فرد آخر في المجتمع ، فانهما أيضا محل اعتبار فيما يتعلق بنطاق الحماية الجنائية من الوجهتين الشرعية والقانونية من حيث حياتهم وسلامة أجسادهم شأنهم في ذلك شأن غيرهم ممن هم محل للحماية الجنائية من أفراد المجتمع ، واعمالا لهذا التعلق من الحماية الجنائية ، كان تجريم أى اعتداء من شأنه النيل من حياة الميتوس من علاجة أو المشوه خلقيا أو من سلامة أجسامهم في كل من الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي (١) .

ولما كان الاعتداء الواقع على كل من الميتوس من علاجة والمشوه خلقيا تحكمه اعتبارات خاصة تختلف في طبيعتها عن الاعتبارات المتعلقة بالاعتداءات الأخرى الواقعة على غيرهم ، كان لهذا الاعتداء طبيعته الخاصة التى تملئها عليه الاعتبارات التى قد ترجع في مجملها

(١) وانظر في نطاق هذه الحماية بوجه عام :

مدى حق الانسان في سلامة أعضائه في الشريعة الاسلامية والقانون.
الوضعي د. محمد زين العابدين طاهر - بحث ماجستير سنة ١٩٨٢
ص ١٢٨ وما بعدها وأيضا : الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم
د. محمد سامي السيد ص ٢٣٣ وما بعدها .

أما إلى حسن النية ، أو إلى بعض الاعتبارات الأخرى الاجتماعية والأدبية أو الأخلاقية أو الطبية وسوف نتعرض لصور هذا النوع من الاعتداء الواقع على كل من الميتوس من علاجه أو المشوه خلقيا ، فنتعرض أولا للاعتداء الواقع على الميتوس من علاجه ثم للاعتداء الواقع على المشوه خلقيا في هذا الفصل وذلك على الوجه التالي :

المبحث الأول

طبيعة الاعتداء على الميتوس من علاجه ونطاق الحماية الجنائية

« قتل الرحمة ، أو القتل إشفاقا »

قتل الرحمة أو القتل إشفاقا يعنى ، ذلك الموت الرحيم الذى يخاض مريضاً ميتوساً منه من الآلام (٢) أى إن قتل الرحمة أو القتل إشفاقا ، هو نوع من القتل يرتكبه شخص ما ويقوم فيه بازهاق روح شخص بدافع الشفقة أو الرحمة لتخليصه من آلام مبرحة من مرض ميتوس من شفاؤه ، أو بمعنى آخر يعنى • فعلاً ايجابياً أو سلبياً يرمى آلام مريض لا يرجى شفاؤه بالقضاء عليه رحمة به فقتل الرحمة: هو نوع من الاعتداء على حياة شخص يعانى من مرض عضال ميتوس من شفاؤه يقوم به شخص ما قد يكون طبيياً أو غيره لانتهاء حياة هذا الشخص من نطاق الشفقة والرحمة تخليصاً له من الآلام مبرحة استجابة لتوسلاته بعد أن يتس مع أهل الطب وتركه في حالة يرثى له ، ومن هذا المنطلق كان وجه تسمية هذا النوع من القتل « بقتل الرحمة » أو « القتل إشفاقا » استحياء من طبيعته ، وقد عرف في

(٢) انظر :

R. MERLE et A. VITA : traité de droit criminal 2e. ed. 1973
NOS A 06.

مشار اليه د. أحمد شرف الدين فى البحث السابق :

عالم الطب والفقه القانوني بالأوتانازيا (٣) • أى القتل بدافع الشفقة أو الموت الهادئ بدون الألم ، أو الموت الطيب ، وأصبح هذا النوع من القتل يعنى في مفهوم العالم المعاصر بصورة مبسطة « التعجيل بالموت » •

وهذا النوع من القتل الذى يرتكبه الفاعل مع المريض الميؤوس من حياته تحت دافع الشفقة أو الرحمة أصبح محل اهتمام كبير لدى كل من الفقه والقضاء الوضعيين على السواء من ناحية ، ولدى فقه الشريعة الإسلامية من ناحية أخرى ، خاصة وأن مثل هذه الحالات تحكمها بعض الاعتبارات الأخلاقية والطبية من ناحية ، والقانونية والشريعة من ناحية أخرى ، فالشخص العادى الذى يرى ملهوسا يتلوى من مرض عضال ويستغيث به من آلام لا يتحملها فى الوقت الذى لا يجد له من يخفف عنه وطأة هذا الألم من المرض الميؤوس من علاجه الذى ينحو به نحو الموت تأبى عليه أخلاقياته ومبادئه أن يراه يتلوى وهو على هذه الحالة وهو فى طريقه الى نهايته المحتومة دون أن يابى استغاثته وتوسلاته لتقديم يد العون له فى الخلاص من عذاب هذا الألم وراحته منه ، وكذلك أيضا الطبيب الذى استنفد مع مريضه كل سبل العلاج فى الوقت الراهن وفى نفس الوقت الذى يقدم اليه المريض

(٣) وقد عرفها البعض بأنها ظاهرة لا تتضمن شيئا استثنائيا .

فهم الموت الطيب وهى اطفاء شعلة الحياة بصورة سريعة أو بطيئة دون الألم الى نهاية الشيوخ الذين ينطفئون وهى موت كثير من غيرهم فمن أمسيبو باصابات تستهلكهم تبطل فى أيام أو ساعات ، ثم هى الموت المفاجئ • راجع ذلك نقلا عن (ليبينزى) فى دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن ٥٥ عبد الوهاب حومد ص ٣٠١ ط ١٩٨٣ ، بحث مشخص له أيضا بعنوان « القتل بدافع الشفقة » منشور بمجلة عالم الفكر عدد ٣ من ١٩٧٣م وأنظر فى اطلاق هذه التسمية « الأوتانازيا » أيضا .

P. BOUZAT et J. PINATEL : Traité de droit pénal et de criminologie. P. 317 To. I (1970).

توسلاته واستغاثته ليريحه من هذه الآلام والعذاب الذى فاق قدراته البدنية والنفسية فى تحمله وفى ذلت الوقت الذى يعلم الطبيب أنه يهوى به المرض الى نهايته المحتومة هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن هذه الاعتبارات التى تحيط بكل من الشخص العادى أو الطبيب المعالج أو أى أحد من الأقرباء وتحمله على اتخاذ موقف تجاه ذلك المريض وهو يتلوى ويتوسل ويستغيث ، هذه الاعتبارات الأخلاقية تصطدم مع الاعتبارات القانونية والشرعية التى تجعل الاقدام على مثل هذا العمل ولو كان الباعث عليه ، اراحته من تلك الآلام المبرحة جريمة شرعية وقانونية وتقع بغاظه — ولو كان طبيا — فى اطار المسؤولية الجنائية لجرائم القتل العمل فى كل من الشريعة والقانون • كما سوف يتضح بعد قليل (٤) •

من هذا المنطلق كان قتل الرحمة أو القتل اشفاقا محل تردد بين علماء الطب والأخلاق من ناحية وبين رجال الفقه القانونى (٥) وفقه الشريعة الاسلامية من ناحية أخرى (٦) فى اطار الشريعة من عدمه •

ومن أشهر الوقائع التى حدثت فى مجال قتل الرحمة أو القتل اشفاقا وكان لها صداها فى عالم الفقه الشرعى والقانونى بل والطبيب أيضا ما يلى :

(٤) وسوف نشير الى ذلك فى الفصل الخاص بالمسئولية الجنائية والمدنية الخاص بهذا النوع من القتل •

(٥) انظر هذه الاتجاهات وأدلتها القانونية والأخلاقية والطبية تفصيلا فى دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن د • عبد الوهاب حومد ص ٣١٤ وما بعدها ط ١٩٨٣ ، الموسوعة الطبية الحديثة ج ٢ ص ٢٣٤ •

(٦) وذلك من حيث اعتبار الاذن من المريض فى ذلك سببا فى عدم توقيع العقوبة المقررة شرعا فى هذا الصدد واعتباره شبهة دافعة للحد •

أولا : في عام ١٩١٢ قتل أحد وكلاء النيابة الفرنسيين زوجته المصابة بشلل نصفي ناشئ عن إصابة « دماغية » وأثناء سؤاله عن هذا السبب قال : انه قام بواجبه تجاه زوجته التي كانت تعاني آلاما لا تطاق وقد برأته المحكمة بعد عرض القضية عليها •

ثانيا : في عام ١٩٢٥ قتلت فتاة تدعى « آيمنسكا » خطيبها الذي كان مصابا بالسرطان ، وأجريت له عملية جراحية ، ونقل دم ، ولكن الآلام التي ظل يعانيها كانت آلاما لا تحتمل فراح يتوسل اليها بصورة ملحة لتنتهي آلامه ، فضعفت ارادتها أمامه واستجابت لطلبه وحققته بكمية كبيرة من « المورفين » ، ثم أدخلت فوهة مسدس في فمه وأطلقت النار فوجد المرحاة في أحضان فتاته ، وقد برأتها المحكمة أيضا •

ثالثا : في عام ١٩٣٠ قتل شخص اسمه « ريساركورث » أمه المصابة بالسرطان وبرأته المحكمة أيضا (٧) • وغير ذلك من الوقائع التي حدثت أو تصادفنا حينما بعد حين في هذا الصدد • وإذا كان الأمر كذلك فما هو حكم هذا القتل ؟

أولا : في القانون ؟

الواقع أنه على الرغم من أن قتل المرحمة أو القتل اشفاقا قد تمليه على الانسان بعض الاعتبارات الأخلاقية في بعض الأحوال مما جعله محل تردد كبير بين الفلاسفة والأطباء وفقهاء القانون في

(٧) انظر عرض هذه الوقائع وغيرها في البحث الخاص بهذا الموضوع. للدكتور عبد الوهاب حومد - بعنوان « القتل بدافع الشفقة » ص ١٥ وما بعدها • والمشار اليه آنفا •

إطار المشروعية من علمه ، وظهور بعض الجمعيات المنتظمة لهذا النوع من القتل كجمعيات الموت الجميل أو الموت الهادي (٨) ، على الرغم من ذلك ، إلا أن هناك من الاعتبارات الدينية والأخلاقية والطبية أيضا والقانونية ما تكون مبرراً قوياً في ترجيح جانب عدم المشروعية في هذا الصدد عما هو دونه .

ومن هذا المنطلق فإن الفقه المقتلوني يكاد يجمع على أن الاقدام على هذا الفعل يعتبر جريمة كاملة ويسأل مرتكبها عن قتل عمده (٩) ،

(٨) وهذه الجمعيات كانت محل اعتبار كبير في مجال نقل الأعضاء البشرية باعتبارها مصدراً هاماً من مصادر الحصول على الأعضاء البشرية في بعض الأحوال خاصة من الذين يرغبون في الاقدام على الانتحار والتبرع بأعضائهم للمرضى مشاركة منهم في الأعمال الانسانية وإن كانت هذه الجمعيات غير مشروعة لما تتضمنه من ارتكاب جرائم القتل في حق الأشخاص تحت حجة وستار الموت الخيري أو الكريم .

(٩) انظر د/ محمود نجيب حسنى - القسم الخاص ص ٢٢٢ ط ١٩٨٨ ، ط ١٩٧٨ ص ١٣ ، د/ فتحي سرور - القسم الخاص ص ٥٣١ د/ عبد الوهاب حومد - دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن ص ٣٢٩ - ١٩٨٣ ، د/ عوض محمد - جرائم الأشخاص والأموال ص ١١ . د/ محمد زكى أبو عامر - القسم الخاص ص ٣٩٧ وما بعدها ١٩٧٧ . د/ أحمد شرف الدين - البحث السابق ص ٤٥٨ ، د/ صبيح نجم - رضاء الجنى عليه ص ٣٦٥ ، عقد العلاج الطبى د/ محمد السعيد رشدي ص ١٢٣ ، القانون الجنائي والطب الحديث ص ١٩١ P. BOUZAT et PINATEL : op. cit. p. 377 et s., A. FAHMY-ABDOU : le consentement de la victime P. 410 Paris (1971).

وانظر نقض ١٩٧٠/٤/٢٠ مجموعة أحكام النقض القضية ١٤٨ ص ٦٢٦ أشار اليه د/ زكى أبو عامر المرجع السابق نفس الموضوع جالهامش .

ويؤيده في ذلك القضاء أيضا ، لأنه وإن كان الباعث أو الدافع على ذلك نبيلًا مرجعه الى دافع الشفقة والرحمة بالجنى عليه إلا أن هذا الدافع لا يعد مبررًا لرفع النصفة التجريبية عن الفعل أو الدخول به في اطار التشريعية ، وبالتالي في نفى المسؤولية الجنائية عن المتهم ولو كان ذلك برضاء المريض الميئوس من علاجه (١٠) إذ ليس رضاؤه محل اعتبار في هذا الصدد ، لأن حياته — كما سبق القول — هي ليست حقًا له بقدر ما هي حق للمجتمع ، والقانون حينما يسبغ حمايته على الشخص إنما يحمي حياته بغض النظر عن حيوية جسمه أو الحالة الصحية له ، ولا تتأثر الحماية القانونية للحياة بخصائصها الفسيولوجية أو النفسية أو الاجتماعية ، والميائس من الحياة الذي حاول من قبل الانتحار أو المريض الذي يعاني من مرض خطير يحميه القانون حمايته لصحيح البدن ، فلا عبرة بمقدار شعور الجنى عليه بحياته أو استمتاعه بها (١١) • وهو ما أقره الطب أخيرًا (١٢) ، وقررتة الاتفاقات الدولية من خلال الاعلان العالمى لحقوق الانسان (١٣) ، وتستمد هذا النطاق من الحماية الجنائية مع المريض الميئوس من علاجه ولو كان يسمى اليه الموت بحيث يمكن القول معه بأنه هالك لا محالة (١٤) ، كما يمتد أيضا هذا النطاق من الحماية الجنائية للميئوس من علاجه الى تجريم

(١٠) انظر المراجع السابقة ، د/ جلال ثروت — القسم الخاص (جرائم الاشخاص) ص ٤٥ ط ١٩٨٠ د/ عبد الرحيم صنفى — الوجيز في قانون العقوبات الخاص ص ٦٧ ، ٨٣ ، ١٩٨٥ •

(١١) د/ محمود نجيب حسنى القسم الخاص ص ٣٢٢ ط ١٩٨٨ •

(١٢) الموسوعة الطبية الحديثة ج ٢ ص ٢٣٥ •

(١٣) انظر فى ذلك تفصيلا — د/ محمد سامى السيد — الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص ٤١ وما بعدها •

(١٤) د/ عوض محمد — جرائم الاشخاص والأموال ص ١٠٣ ط ١٩٧٢ •

تالعبث بجسم أو بأعضائه أو المساس بها في مجال النقل وأنزاع للأعضاء شأنه في ذلك شأن الصحيح المعافى ، فكما لا يجوز الاعتداء على الصحيح المعافى في غير إطار الشرعية لنقل عضوه — أى في حالة عدم توافر الضمانات الطبية والقانونية الواجب توافرها لمشروعية نقل العضو — فكذلك أيضا لا يجوز الاعتداء على المريض الميئوس من علاجه أو حمايته للحصول على عضو منه لانتقاذ الغير أيا كانت طبيعته منفردا « كالقلب » أو مزجوجا « كالكلى » (١٥) ، ولا يتم ذلك الا في الاطار الشرعى وبموافقته متى كان ذلك لا يؤدي الى اهدار حياته أو القدر المتبقى له من سلامة الجسم (١٦) ، كما يمتد أيضا هذا النطاق من الحماية الجنائية للميئوس من علاجه الى تجريم كونه محلا للتجارب العلمية في غير الحدود التي تجيز ذلك (١٧) وكان برضائه .

ثانيا : في الشريعة الاسلامية :

أما في الشريعة الاسلامية فانه اذا كان الفقه والقانون الوضعيين قد جرما الاعتداء على الغير حتى ولو كان هذا الغير ميئوسا من حياته فان ذلك لم يكن الا استهزاء بما قرره الشريعة الاسلامية في هذا المصد ، فق جرمت الشريعة هذا الفعل وذلك من منطلقين :

-
- (١٥) انظر في ذلك : رسالتنا الخاصة بنطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء ج ٢ ص ٥١٢ .
- (١٦) انظر في حدود الشرعية لذلك : دروس في قانون العقوبات (القسم الخاص) ص ٢٦ ، ٢٧ د/ محمد زين العابدين ص ٨٨ مقررته على طلاب كلية الشريعة والقانون بأسبوط .
- (١٧) راجع في ذلك الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم — ص ٤٨٣ ، ٤٩٥ ومابعدها ، وانظر المادة ٤٣ من الدستور المصري ، الطب الشرعى والبوليس الفنى الجنائى د/ يحيى شريف ص ٢٤٠ .

الأول : انه أى الميئوس من حياته محل لحماية المشرع والحفاظ عليه انما هو ضرورة من الضروريات الشرعية .

والثانى: أنه محمل — كما سبق القول (١٨) — بالحقوق والتكاليف الشرعية والأوجب المحافظة عليها شرعا ، ومن الاعتداء عليه باهدار حياته يعنى اهدار هذه الحقوق وهو أمر محرم شرعا ، حتى ولو كان قد رضى هو بذلك لأن رضاه غير معتبر شرعا ، لأنه اذا كان قد ثبت له الحق فى حياته فان هذا الحق مشترك بينه وبين الله ، فما من حق الا وفيه حق الله (١٩) ، وحق الله لا يسقط باسقاط العبد له (٢٠) ، اذ ليس كل حق له اسقاطه (٢١) ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى، أن نطاق الحماية الجنائية الذى منحه المشرع له انما يمتد اليه ولو ظهرت به الأمارات القاتلة فى مرض الميئوس من حياته (٢٢) ، أى ولو كان المرض ينحو به نحو الموت اذ ليس اماتة الله لعبده مثل قتل المخلوق له (٢٣) ، ومن هنا قال بعض الفقهاء ان من قتل انسانا يوجد بنفسه للموت فانه يضمنه (٢٤) ، ولذلك فان المشرع من أجل المحافظة عليه أباح له التداوى والعلاج ولو كان بمحرم فى الأصل (٢٥) ، أو كان عن طريق نقل عضو له من الغير متى توقف على ذلك انقاذ حياته متى

-
- (١٨) انظر ذلك فى البحث الخاص بالمعطيات الطبية والشرعية والقانونية (المطلب الثانى) .
- (١٩) انظر فى ذلك ، قواعد الأحكام ج ١ ص ١٦٧ .
- (٢٠) انظر : الفروق للقرافى ج ١ ص ١٤٢ ط بالاوفسبت .
- (٢١) الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٣٢٢ ط حديثة (محققه) .
- (٢٢) انظر : فى هذه الامارات طب الرازى ص ٣٥٦ وما بعدها ، د/ الزحيلي نظرية الفزدة الشرعية ص ١٨١ .
- (٢٣) مفتاح دار السعادة لابن القيم ص ٤١٥ ط ٢ .
- (٢٤) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٥١٨ .
- (٢٥) انظر بحث الماجستير .

كان ذلك في إطار الحدود الشرعية (٢٦) ، كما يمتد نطاق حماية المشرح له الى تحريم كل ما من شأنه النيل من سلامه جسمه أو حياته ولو كان ذلك بهدف اجراء التجارب العلمية عليه لأن النفس والعضو لهما من الحرمة (٢٧) ما يتأى بهما عن جعلهما محلا لذلك ، وان كانت الأعضاء أو الأطراف ليست كعظم النفس في الحرمة (٢٨) ، أو كان باعتباره مصدرا للحصول على عضو منه لزرقه في آخر وانقاذ حياته كالقلب أو غيره اذا أدى الى وفاته لأن ذلك يعتبر قتلا (٢٩) اذ القتل هو فعل مذهب للروح (٣٠) يوجب القصاص ، ويوجه عام يمكن القول بأن الشريعة الاسلامية أضفت نطاقا كبيرا من الحماية الجنائية على الميتوس من حياته ، واعتبرت أن أى اعتداء على شخص ولو كان مريضا ميتوسا من علاجه أو حياته بقصد ازهاق روحه ولو كان بدافع الرحمة أو الشفقة عليه استجابة لتوسلاته والخاصة في ذلك هو أمر مجرم شرعا وليس ارضائه اعتبار في ابلحة هذا الفعل (٣١) ، فكم من نفوس بريئة تزهق باسم الرحمة (٣٢) .

-
- (٢٦) انظر : رسالتنا السالفة الذكر والخاصة بنطاق الحماية الجنائية لعمليات النقل والزرع للأعضاء ج ١ ص ١٤٠ .
- (٢٧) كشف الأسرار للبزدوى ج ٣ ص ٩٦ ط بيروت (بتصرف) .
- (٢٨) المحل لابن حزم ج ١ ص ٤٠٤ .
- (٢٩) ارسالة السالفة الذكر ج ٢ ص ٥٠٢ .
- (٣٠) شرح العناية على الهداية للباكرى ج ١ ص ٢٥٢ ط أولى .
- (٣١) وأن كان له اثر فيما يتعلق بوقف تطبيق العقوبة على الفاعل باعتبار أن هذا الطلب الرضاء يمثل اذا تقوم به الشبهة الدائرة للحد .
- (٣٢) انظر الفتوى الشرعية الصادرة من كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت بصدد بيان حكم تعجيل الطبيب بحياة المريض الميتوس من حياته والمشوهين خلقيا منشورة بنصها في : دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن د/ عبد الوهاب حومد ص ٣٢٠ وما بعده .

أما فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية :

فانه اذا كان الاعتداء على الميئوس من علاجه أو حياته يمثل جريمة كاملة في الاطار الشرعى والقانونى ولو كان تمتد دافع انشفقة أو الرحمة ، فانه اعمالا للأحكام القانونية والشرعية في هذا الصدد يكون القائم بذلك مستولا مسئولية جنائية عن جريمة قتل — كما سبق القول ، أيا كان الفاعل ضيبيا أو غيره ولا يبرر ذلك وجود الدافع الانسانى لديه أو حسن الباعث لدى الطبيب أو غيره ، لأن حسن الباعث أو الدافع ليس محل اعتبار في تقرير المسئولية الجنائية للطبيب أو غيره ، في المجال الشرعى أو القانونى (٣٣) ، ولا يجوز للطبيب أو غيره الاحتجاج به في هذا المجال ، بل يجب على الطبيب القيام بواجبه تجاه مريضه ويعطيه من فنه أعلى مستوى علاجى يشفى مرضه أو يخفف من آلامه ، وأن يستخدم درايمته الفنية وما تعلمه أثناء دراسته ، وما ثبت في المراجع وما اتفق عليه العرف الطبى من علاج بكل حذق وعناية ، وأى خطأ أو اهمال ، أو تقصير من الطبيب في مجال العلاج مع المريض أيا كانت طبيعة الخطأ أو التقصير علي خلاف ما تقتضيه طبيعة مهنته وأصولها يكون موجبا للمسئولية القانونية

(٣٣) وان كان حسن الباعث أو نبل الدافع يكون له اثره فيما

يتعلق بتخفيف العقوبة وذلك طبقا للمادة ١٧ ج ، كما أن اذن المريض للطبيب أو غيره بالقتل يمثل شبهة دائمة للحد — كما سبق القول — وذلك في المجال الشرعى انظر في ذلك : بدائع الصنائع ج ١٠ ص ٢٢٢ ط (الامام) ، معنى المحتاج ج ٤ ص ٥٠ ط بيروت حاشية العسوقي ج ٤ ص ٢١٣ ط بيروت ، المننى لابن قدامة ج ٩ ص ٤٧٠ ط بيروت .
(*) انظر : الطب الشرعى والنوليس الفنى الجنائى ج ٢ ص ٦٣ ط ١٩٥٨ مشار اليه ١٦٥٠

والطبية (٣٤) من ناحية ، والشرعية (٣٥) من ناحية أخرى، لأن الطبيب

(٣٤) انظر المراجع المشار إليها سابقا عند تقرير عدم مشروعية
الاقسام على الميتوس من علاجه وايضا د/ محمود مصطفى مسئولية الأطباء
والجراحين الجنائية - مقالة منشورة بمجلة القانون والاقتصاد عدد ٧٨
ص ٢٩٣ ، د/ عبد الوهاب حومد - دراسات معمقة في الفقه الجنائي
ص ٣٦١ ، د/ فتحي سرور - القسم العام ص ٤٨٩ ط ١٩٧٢ د/ مأمون
مسلما - القسم العام ص ٢٣٨ ط ١٩٧٩ ، المسئولية الجنائية للأطباء
د/ أسامة فايد ص ٢٧٤ ، ٣١٢ وما بعدها ، د/ أبو اليزيد على المتيت /
جرائم الايصال ص ١٩٨ ط ٢ ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم
ص ٣٦٦ وفي الفقه المدني انظر د/ حسن زكي الايراشي - مسئولية
الأطباء والجراحين المدنية ص ١٤٠ ط ١٩٥١ ، المسئولية الطبية د/ محمد
حسين منصور ص ١٧ (منشأة المعارف بالاسكندرية) د/ حسين عامر /
المسئولية المدنية والتقصيرية ص ٩٧ ط ١٩٧٩ وفي تفويت فرصة الشفاء
على المريض د/ محمد حسين منصور ص ١١١ .

وفي المجال الطبي : انظر : الطب الشرعي في مصر د/ سيدني
سميث ج ١ ص ٢٩ ، ج ٢ ص ٢٣ ، الطب الشرعي النظري والعملي
د/ محمد عبد العزيز سيف النصر ص ١٢ ، ١٥ ، ١٩٥١ ، الطب الشرعي
والبوليس الفني الجنائي ص ٢٣ وما بعدها وأيضا .
Dr. ALY ABD EL-NABY : Fron. and Mem. and Tox. P. 120.

الموسوعة الطبية الحديثة ج ٢ ص ٢٣٤ .
(٣٥) انظر في الفقه الشرعي في خطأ الطبيب : الاشياء والنظائر
لابن نجيم ص ٢٨٩ ط ١٣٧٨ هـ ، الأم للشافعي ج ٢ ص ٤٥١ (ط دار
الشمب) ، مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٣٢١ ، ط بيروت ، بداية
المجتهد ج ٢ ص ٤٥١ ط ٤ ، المغني والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٦ ط
بيروت ، كشاف القناع ج ٥ ص ٥٠٨ ط ١٤٠٢ هـ ، حاشية الطحطاوى
ج ٤ ص ٢٧٦ ط ٢ وفي الطب الاسلامي : القانون في الطب لابن سينا
ج ١ ص ٢١٧ ، مقال الشيخ احمد ابراهيم - مسئولية الأطباء مجلة
الآزهر المجلد ١٩ ص ٩٠٩ ، الاحكام الشرعية للأعمال الطبية د/ احمد
نصر الدين ص ٨٤ ط ٢ .

إذا جهل أصول الطب أو قصر في المعالجة حتى مات المريض بسبب ذلك فإنه يضمنه (٣٦) ، أو فوت فرصة الشفاء عليه (٣٧) ، ولا يجوز للطبيب أن يوقف أجهزة الانعاش الصناعي التي يرقد تحتها المريض طالما كانت أنسجة المخ تعمل أيًا كانت الاعتبارات التي تحمل الطبيب، إلا إذا كان قد توقفت أنسجة مخ المريض عن العمل فإنه يجوز للطبيب حينئذ إيقاف الجهاز الذي يرقد تحته المريض الميئوس من علاجه ولو كانت أعضاؤه لازالت تنبض بقوة الاحتراق الذاتي ، لأن إبقاء الجهاز في هذه لا يعدو عن كونه إطالة لحياة صناعية لحالة الاحتضار ، لأن الموت إذا ألم بإنسان زال ما كان له في الحياة من حق وزال تبعاً ما كان يضيفه القانون عليه من حماية (٣٨) ، أما قبل موت المخ فلا يجوز وقف الجهاز بأي حال من الأحوال متى كان يؤدي إلى وفاته ولو كان يدافع الشفقة عليه أو الرحمة به ، لأن دور الطبيب يكمن أساساً في المحافظة على حياة الشخص وليس في إطفاء شعلته حياته (٣٩) ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، أن عدم مشروعية قتل المرحمة ، أو القتل اشفاقاً فيه ضماناً كبيرة للأطباء ، إذ يحمي الأطباء من الوقوع تحت أي ضغط أيًا كان مصدره ونفى أي استجابة لذلك اعتماداً أو استناداً إلى عدم المشروعية ، والقول بغير ذلك من شأنه أن يجعل ممارسة هذا

• (٣٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣١٥ .

• (٣٧) د/ محمد حسين منصور - المسئولية الطبية ص ١١١ .

• (٣٨) د/ عوض محمد - المرجع السابق ص ٤٣ ، ١٢٦ .

• (٣٩) د/ أحمد شرف الدين / الحدود الانسانية والقانونية

لانعاش الصناعي ص ٤٦٠ ، ٤٧٥ المجلة الجنائية عدد ٣ الأحكام

الشرعية للأعمال الطبية ص ١٨٠ انظر تفصيلاً رسالتنا السالفة الذكر

ج ٢ ص ٤٣٥ المبحث الخاص بامتداد الحياة بطريقة الانعاش الصناعي .

انواع. من انقتل تحت التستر على جرائم حقيقية واقعة تحت اسطوة
أحكام كل من الشريعة والقانون واتخاذ ذريعة لذلك ، بالاضافة الى
أن الدين والأخلاق وحق الثقة في الطبيب وأمانة المهنة نفسها تمنع
الاطباء من اللجوء الى ذلك وذلك من منطلق الوظيفة الاجتماعية للطبيب
اننى تكمن أساسا في المحافظة على حياة المريض بدلا من اهدارها كما
سبق القول .

المبحث الثانى

الاعتداء على المشوهين خلقيا ونطاق الحماية الجنائية

إذا كان نطاق الحماية الجنائية للميتوس من حياته يشمل حياته
وسلامة جسمه في القدر المتبقى له من السلامة الجسدية أو البدنية في
الحيوية الغضوية ، فإن هذا النطاق يمتد بطبيعته الى المشوهه خلقيا
وشأنه في ذلك شأن أى فرد آخر في المجتمع ، فلا فرق في ذلك بين ما
كان مشوه الخلقة أو مستوى الخلقة ، ولا بين ناقص الخلقة أو كاملها
فالكل محل للحماية الجنائية .

ووجه الخرج في هذه المسألة :

يأتى من منطلق الاعتبارات المختلفة التى تكون دافعا في بعض
الأحوال على الاعتداء على مثل هؤلاء ، إذ أن قتل المشوهين خلقيا يأتى
في معظم الحالات على يد أقرب الناس إليهم وأحضانهم عليهم كالأم
والأب ، وقد يملأ الوالدان رغبتهما في الخلاص منه لطبيب فيقوم هو
بذلك ، ومما لاشك فيه أن هذه الرغبة التى تدفع أقرب الناس للقضاء
عليهم والتخلص منهم قد ترجع في كثير من الأحوال الى غريزة الرحمة
المتأصلة في نفوسهم ، وخوفهم من التعب اللانهاش الدائم الذى

سيستبعرن لهم به من ناحية ، والاعتبارات الاجتماعية التي ترجع الى ما يظن الولدان أنهم سوف يعيشون تعيش في المجتمع ، وقد يكون مرجعه الى خشية السخرية أو الاستهزاء به (٤٠) من بعض أفراد المجتمع ، وقد يكون ذلك مرجعه الى بعض الدوافع الشخصية كخجل الأبوين من مواجهة الناس بمولودهم الممرب أو الرغبة في تجنب نفقات العلاج طيلة حياته بالإضافة الى مؤنة الرعاية ، فهذه الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والأدبية كانت ملطاً لوجه المخرج في هذه المسألة ، ولكن أيا كانت الأسباب أو الاعتبارات ، هل تصلح مبرراً في شرعية الإقدام على قتل المشوهين خلقياً في هذا الصدد أو العتب بهم ؟ وعلاقة ذلك بالصلحة الاجتماعية أو حق المجتمع .

أولاً : في الفقه القانوني :

مما لا شك فيه أنه — كما سبق القول — أن نطاق الحماية الجنائية في الحياة وسلامة الجسم يمتد الى المشوهين خلقياً أيا كانت درجة التشويه أو العيب الخلقي الذي لحقه مادام لم يخرج به عن عداد الآدميين ، وشأنه في هذا النطاق من الحماية شأن مستوي الخلقة وكاملها ، إذ الكل محل للحماية الجنائية فالقانون لا يفرق بين قتل هذا أو ذاك ، فكل وليد جدير بحماية القانون بغض النظر عن مدى خطئه من استواء الهيئة واكتمال الأعضاء ، ولما كانت مغريزة الرحمة والتشفقة المتأصلة في الأقارب بالنسبة للمشوه خلقياً وخاصة الوالدين تمثل منطلقاً ودافعاً للمساس بحقه في الحياة تحت وطأة الاعتبارات السابقة ، فقد تحدثت الآراء في هذا الصدد (٤١) : فمن هذه الآراء

(٤٠) انظر د/ محمد السعيد رشدي — الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٥١ ، ٥٣ .
(٤١) راجع عرض هذه الآراء تفصيلاً في : دراسات معنقة في الفقه الجنائي المقارن د/ عبد الوهاب حومد ص ٢٨١ .

ما يجعل من حق الإباء اتخاذ القرار في إنهاء حياة الطفل ، ومنها ما يجعل من حق الطبيب الذى يفحص الطفل أن يعرض نتائج فحصه على الأهل ، فإن كانت خطوط الطفل في الحياة معقولة عمليا فلا يجوز له الامتناع عن معالجته ليموت ولو طلب الأهل ذلك ، ورأى ثالث يقرر أن مصلحة الطفل في « موت كريم » لا تقل أهمية عن « حياة كريمة » وهذا أمر يقره أهل السلطة القضائية التى تمثل المجتمع دون أن ينفرد به الطبيب والأهل وفي ذلك ضمانه للطفل ، وعلى الرغم من ذلك إلا أن الاتجاه الأقوى والأرجح في هذا الصدد هو الذى يطالب باحترام الحياة بالنسبة للمشوهين خلقيا أو المولودين قبل الأوان بكثير . من هذا المنطلق كان رأى العقد أنه على الرغم من نبل بعض الدوافع التى قد تحمل البعض على قتل المشوهين ، إلا أن القانون الجنائى القائم حاسم في هذا الصدد ، فليس في نصوصه ما يجيز للطبيب ولا لغيره أن يقوم بازهاق حياة وليد أو شخص مشوه مهما تكن درجة شذوذه الخلقي إلا إذا وصل هذا الشذوذ الى حد المسح بحيث يستحيل وصف الوليد أو الشخص بأنه من بنى الإنسان (٤٢) . وهو أمر مقبوك لقاضى الموضوع للفصل فيل على ضوء كل حالة على حده مستهينا بانطباعاته الخاصة وتقديره وبما يقرره أهل الخبرة في هذا الصدد ، ومتى خرج المولود عن عداد الأدميين من بنى الإنسان فإنه في اعتقادنا لا مسئولية على الطبيب من الناحية الجنائية (٤٣) وإن كانت أخلاقية

(٤٢) انظر د/ عوض محمد - جرائم الاشخاص والاموال ص ٨ ، د/ محمود نجيب حسنى القسم الخاص ص ١٣ ط ١٩٧٨ ، د/ عبد الوهاب حرم - المرجع السابق ص ٢٨١ وما بعدها ، د/ محمد زكى أبو عامر - المرجع السابق ص ٣٩٩ .
(٤٣) وإن كان هذا الأمر يقتضى تدخلا تشريعيا لحسم هذه المسألة أخذا في الاعتبار أصل الحبس وحالة الوليد .

المهنة تأبى ذلك وتلقى عليه عبء اللوم • أما إذا لم يخرج الوليد من عداد الآمية فإنه يظل محلاً للحماية الجنائية الكاملة شأنه في ذلك شأن مستوى الهيئة وبالتالي فإن ازهاق روحه يعتبر داخلاً في إطار جرائم القتل العمد ، ويعاقب فاعله بالقوة المقررة لهذه الجريمة ، ولو كان ذلك برضائه ، إذ ليس لرضائه محل اعتبار إذا كان غير وليد أو أهله إذا كان وليداً وذلك لأن إهدار حياته يعنى إهدار الحقوق والارتفاقات الخاصة بالمجتمع وهو ما لا يجوز قانوناً (٤٤) ، لأن الشخص الذى يشعر بشذوذ جسماني معين قد يحجم بطريقة أو بأخرى عن المشاركة الاجتماعية خشية السخرية أو الاستهزاء فيهدر على هذا النصو حق المجتمع فيه خاصة إذا أراد الانتماء والخلاص من نفسه ، ومن هنا كان وجه المشروعية للجراحات التجميلية أياً كانت طبيعتها •

ويمتد نطاق هذه الحماية الى سلامة الجسم أيضاً فلا يجوز العبث بأعضائه بنقل عضو منه الى آخر من أصحاب الهيئة السوية ولو كان لانقاذ حياته ، لانقضاء وجه المفاضلة بينهما ، لأنهما في نطاق الحماية سواء (٤٥) • والمشرع يهدف الى حماية حق الانسان في سلامة جسمه أياً كان الشخص (٤٦) مشوهاً أو غير مشوه أو جعله محلاً للتجارب العلمية (٤٧) •

(٤٤) انظر د/ محمد السعيد رشدى / الجوانب القانونية والشرعية

لجراحة التجميل ص ٥١ •

(٤٥) انظر رسالتنا السالفة الذكر الخاصة بنطاق الحماية الجنائية

لعمليات الزرع ج ٢ ص ٥١٢ المشار اليها آنفاً •

(٤٦) د/ حسن صادق المصفاوى - القسم الخاص ص ١٢ •

ط ١٩٧٨ •

(٤٧) المسئولية الجنائية للأطباء - د/ اسامة فايد ص ٢٢٨ ط ١٩٨٣ •

ثانيا : في الشريعة الاسلامية :

أما بالنسبة للشريعة الاسلامية فانه اذا كان القانون قد أضفى على المشوهين خلقيا قدرا من الحماية الجنائية فان هذا ليس الا ترسما للسياسة الجنائية التي انتهجها المشرع الاسلامي في هذا الصدد تجاه الأفراد أيما كانت طبيعتهم مستوى الخلقة أو مشوهيها ولم يجعل للهيئة البدنية اعتبار فيما يتعلق بنطاق الحماية الجنائية التي أضفاها على الأشخاص في المجتمع بل جعل الكل سواء في هذا الصدد من ناحية ، ومن ناحية أخرى جعلهم أيضا سواء في التكاليف الشرعية وتحملهم للحقوق ومطالبتهم بأدائها والتي في مقدمتها حق الله ، فلا فرق في ذلك بين مشوه الخلقة أو مستوى الهيئة ، لذلك فلم يجعل المشرع الاسلامي تشويه الخلقة أو استوائها محلا للثواب أو العقاب (٤٠) فعبء الجمال وكمال الهيئة أو استوائها هيمنة الله على العبد وهم مختلفون فيها ، أما التكاليف الشرعية فهم متساوون فيها ، ولذلك كان القيام بهذه الحقوق أو هذه التكاليف مناطا بالحماية الجنائية في هذا الصدد دون اعتبار لهيئة من يقوم بأدائها ، ومن منطلق هذه الحماية الجنائية كان أي اعتداء عليه في المساس بسلامة جسمه أو بحياته هو موجب للعقوبة المقررة شرعا أيما كانت الاعتبارات أو الدوافع التي حملت الشخص طبييا أو قريبا الى ذلك ، وسواء كانت هذه الاعتبارات اقتصادية أو اجتماعية أو غير ذلك (٤٩) ، وأيما كان الهدف من المساس بحياته أو سلامة جسمه ولو كان من أجل إحياء الغير ، فلا يجوز مثله لانقاذ حياة غيره ، ولو كانت وسيلة الانقاذ تنقل عضو منه كالقلب

(٤٨) انظر في ذلك - قواعد الأحكام - ج ١ ص ١٣٨ .

(٤٩) انظر : البند الخاص بذلك في صدر هذا المبحث .

مثلا (٥٠) بل ولو أكره عليه بالقتل لاستواء النفوس في العصمة (٥١)، بل ولو رضى المشوه بالقتل أو بازهاق روحه ، لأن العصمة تقتضى دفع الضرر عنه بدون رضاه (٥٢) ، كما أن الانسان ممنوع من الأضرار بغيره بالنص (٥٣) ، للمحافظة عليه من ناحية وعلى حق الله من ناحية أخرى ، ومن ناحية ثالثة ان المشوهين فمن واجب المجتمع أن يوفر لهم حياة فيها شيء من الراحة شأنهم شأن أى فرد فيه ، وليس من شريعة الاسلام فى شيء القضاء على الحياة البريئة المحترمة من أجل كون صاحبها مشوه الخلقة ، ذلك لأن الحياة فى ذاتها أسمى فى حكم الاسلام بكثير من مصلحة القضاء على النقص أو التشويه فى الخلقة (٥٤) ، فكم من مشوه نبغ فى نواح أو جوانب عديدة لا تمر ولا تخطر على بال (٥٥) .

- (٥٠) انظر الرسالة السالفة الذكر ص ٥٠٢ .
- (٥١) راجع فى عدم شرعية المساس بالغير فى الاكراه - شرح التوضيح على متن التنقيح بهامش التبليغ ج ٢ ص ٢٠٠ طبعة شمس الحرية ، مفتاح دار السعادة لابن القيم ص ٣٤٨ ط ٢ .
- (٥٢) شرح التوضيح على متن التنقيح ج ٢ ص ١٩٦ .
- (٥٣) د/ محمد الحسينى حنفى - المدخل للدراسة الفقه الاسلامى ص ٤٠٤ ط ١٩٨٣ . وفى علم احقية الشخص فى الاذن للغير بالقتل او الاعتداء عليه انظر : د/ جمال عواد - جناية القتل فى الفقه الاسلامى ص ٣٥٢ دكتوراه من كلية الشريعة بالقاهرة .
- (٥٤) انظر : د/ محمد سعيد رمضان البوطى / تحديد النسل وقاية وعلاج ص ١٦ ط (مكتبة الفارابى) .
- (٥٥) انظر : الفتوى الشرعية الصادرة من كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت بشأن حكم تعجيل الطبيب بحياة المريض الميتوس من حيائه والمشوهين خلقيا المشار اليها آنفا ص ٢٣٠ فى دراسات معمقة د/ عبد الوهاب حومد .

أما فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية في هذا الصدد :

فانه اذا كان تقرير المسؤولية الجنائية في حق من يقوم بالاعتداء على المشوهين خلقيا خلاصا منهم دفعا للمعرة أو لأي اعتبارات أخرى من الوالدين أو غيرهما من غير الأطباء محل اعتبار في بيان الأهمية لنطاق الحماية الجنائية المكفولة له في كل من الشريعة والقانون ، فان هذا الاعتبار في هذا الصدد يكون أكثر أهمية ويبدو بصورة جلية بالنسبة للطبيب بوجه خاص ، وخاصة في حالة ما اذا كانت حالة الفشوى داخلية في نطاق العلاج التجميلي أو في نطاق الجراحات التجميلية (٥٦) ، والى غالبا ما يكون علاجها نفسيا قبل أن يكون بدنيا ، وذلك لاصلاح وعلاج نفسية ومظهر الانسان أى صحته النفسية والبدنية الداخلية والخارجية باعتبار أن الطبيب أمين على صحة وسلامة شكل وجوه الانسان وذلك من منطلق الوظيفة الاجتماعية للطبيب (٥٧) خاصة في هذا المجال الجراحى ، اذ أن عمل الطبيب التجميلي أو الجمالى يكون في طبيعته منظويا على مصلحة اجتماعية تهدف أساسا الى المحافظة على صحة وحياة أفراد المجتمع (٥٨) من أجل تمكنهم من القيام بأعبائهم ووظائفهم في المجتمع وهم في حالة توازن نفسى وبدنى ، وخاصة بعدما ثبت نجاح هذا النوع من الجراحة في العديد

(٥٦) انظر في المعنى : د/ محمد فائق الجوهري - المسؤولية

الطبية في قانون العقوبات ص ٣٢٢ ، ١٩٥١ .

(٥٧) د/ حسن زكى الابراشى - مسؤولية الأطباء والجراحين

المدنية ص ٥٦ .

(٥٨) د/ محمد السعيد رشدى - الجوانب القانونية والشرعية

للجراحة التجميلية ص ٥٣ مشار اليه سابقا .

من الحالات واصلاح العديد من التشوهات التى لحقت بها وذلك عن طريق ازالتهما بالجراحة التجميلية (٥٩) •

ولا كنت الجراحة التجميلية تتم على عضو سليم (٦٠) وتمارس

(٥٩) ولعل أهم الحالات هى التى نجح فيها فريق من جراحى المخ والأعصاب المصريين فى إجراء جراحة جديدة لعلاج الجمجمة المغلقة لطفل عن طريق فك عظام الجبهة والوجه وفصلهما عن المخ والعين. والأعصاب ثم إعادة تشكيلهما مرة أخرى بالصورة الطبيعية وذلك لعلاج التشوه الخلقي الذى قد ينتج عنه توقف نمو الجبهة بما يؤثر على وظائف المخ والأعصاب وخاصة قوة الأبصار • انظر ما نشر عن هذا الخبر فى جريدة الاهرام ١١ يناير ١٩٨٦ ص ٣ تحت عنوان جراحة جديدة فى مصر ، وايضا جراحة ناجحة لفصل رأس التوأمين المتصقتين عند ولادتهما واجراءها مايقرب من ٤٠ طبيبا واستغرقت سبع ساعات ونصف فى احدى مستشفيات مدينة سويتو بجنوب أفريقيا الاخبار ٩ مايو سنة ١٩٨٨ ص ١٠ ، وايضا جراحة لفصل توأمين ملتصقين من السودان عمرهما ٨ أشهر الاخبار ٢ مايو ١٩٨٧ ص ١ ، وايضا ما قام به الجراح البيزنطى من تصغير حجم ثدى وهى أول عملية من نوعها فى تاريخ جراحة التجميل وقد تمت فى القرن السابع الميلادى انظر الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص ٤٩٩ وما أشير اليه بالهامش •

(٦٠) أنظر : د/ محمد حسين منصور - المسئولية الطبية ص ٧٢ الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٥٨ •

انظر :

NICOLAS : Les problèmes juridiques de la chirurgie esthétique
P. 14 thèse (1979).

أشار اليه د/ محمد سامي السيد فى / الحماية الجنائية للحق فى

سلامة الجسم ص ٥٠١ •

لأهداف غير علاجية - من حيث الأصل - أى لهدف جمالى بحت ،
أو بمعنى آخر لتحسين شكل عضو معلف من الإنجابية الصحية (٦١) ،
فإن التزام الطبيب في نطاق هذه الجراحة يكون التزاما أقرب الى
الالتزام بنتيجة منه الى الالتزام بمجرد بذل عناية فقط ، أو بمعنى
آخر أن الخطأ المعفى عنه في الجراحة العادية يكون موجبا للمسئولية
في نطاق الجراحة التجميلية (٦٢) ، فهو وإن كان غالبية الفقه يميل
الى التزام جراح التجميل ببذل عناية الا أن العناية المطلوبة منه
أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى (٦٣) مما يعنى أن طبيعة التزامه
في هذا الصدد هو أقرب الى النتيجة منه الى الوسيلة أو بذل
العناية (٦٤) كما سبق القول ، ولذلك كانت مسألتة أو محاسبتة
أشد (٦٥) في الجراحة التجميلية من غيرها ، كما يجب على الطبيب

-
- (٦١) انظر الحماية الجنائية للحق ، سلامة الجسم ص ٥٢٦
والمراجع المشار اليها في هذا الصدد .
(٦٢) انظر د/ حسن زكي الابرشي - مسئولية الأطباء والجراحين
ص ٢٩٦ ، د/ محمد حسن منصور - المسئولية الطبية ص ٧٦ ، د/ محمد
السعيد رشيد - الجوانب القانونية للجراحة التجميلية ص ٦٩ .
د/ احمد محمود سعيد مسئولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب
ومساعديه ص ٤٢٣ ، ٤٢٤ - دكتوراه ١٩٨٣ .
(٦٣) المسئولية الطبية ص ٧٦ .
(٦٤) د/ محمد عادل عيسى الرجمي - المسئولية المدنية للأطباء
ص ١٧٤ وما بعدها ط ١٩٨٥ .

(٦٥) انظر : د/ محمود مصطفى - مسئولية الأطباء والجراحين
الجنائية ص ٣٠٠ ، د/ فائق جوهر - المسئولية الطبية ص ٤١٩ ،
المسئولية الطبية ص ٧٧ ، العناية الجنائية للحق في سلامة الجسم ص ٥٢٥
د/ محمد هشام - الخطأ الطبى - بحث مقدم للمؤتمر الأول للنول
=

التجميلي أن يستخدم الطريقة العلاجية المتفق عليها وليست التي هي محل للتجارب (٦٦) ، ولا يقوم بإجراء أى جراحة الا اذا كان وثقا من نجاحها ، أما اذا كان لها مضارها الجادة في الفشل فلا يجوز له الاقدام عليها (٦٧) ، ولما كانت الجراحة التجميلية داخلة في اطار المساس بجسم الانسان. لهدف تحسيني أو جمالي من منطلق شرعية العمل الطبي ، فانها تسرى عليها في هذا الصدد القواعد التي تسرى على غيرها من الأعمال الطبية الجراحية الأخرى (٦٨) وعلى ذلك فان أى خطأ أو تقصير أو اهمال يكون موجبا للمسئولية الجنائية والمجنية (٦٩) .

للمسئولية الطبية المنعقد في جامعة « ماريوثوس » ببغداد في اكتوبر ١٩٧٨ ومنشور بمجلة الحقوق والشرية المجلد الأول مارس ١٩٧٩ ص ١٢ ، د محمد ابراهيم دسوقي / تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ص ٣٣٩ دكتوراة ، د برهام عطالله - أساسيات القانون الوضعي هامش ص ٢٦٣ طبعة أولى وفي القضاء انظر : حكم محكمة باريس في ٢ ديسمبر ١٩٥٧ دالوز ١٩٦٨ ص ٩٦ أشار اليه د محمد هشام البحث السابق ص ١٢ وفي الجانب الطبي انظر :
CAMPBELL o S : -UROLOGY. To 3, P. 1144.

(٦٧،٦٦) انظر في ذلك د محمد حسين ، المسئولية الطبية ص ٧٤ والاحكام المشابهة فيها في هذا الصدد .

(٦٨) وذلك في غير ما يتعلق بطبيعة التزام الجراح التجميلي :

(٦٩) انظر في ذلك على سبيل المثال :

ANTOUN F. A. : Le consentement de la victime p. 431.

والحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ص ٥١٧ ، الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٥٨ وما بعدها ، أيضا د/ الأبراشي ، مسئولية الأطباء ص ١٢٣ ، د/ اسامة فايد - المسئولية الجنائية للأطباء ص ٢٧٤ ط ١٩٨٣ ، د أبو اليزيد على المستيت ، جرائم الاحمال ص ١٩٨ ط ٢ .

وأما في مجال الفقه الشرعى :

فانه اذا كان تقرير المسؤولية الجنائية بالنسبة للاعتداء على المشوه خلقيا كنتيجة لنطاق الحماية الجنائية في القانون الموضعى من حيث النيل من حياته أو سلامة جسمه محل اعتبار في قيام الصرح القانونى فى اصفاء الحماية الجنائية على قتل هؤلاء المشوهين فإنه أيضا كذلك بالنسبة للشرعة الاسلامية ، بل جعلت المحافظة عليه ضرورة شرعية على الرغم من التشويه الذى يلحق به أيا كانت طبيعته (٧٠) ومن أجل ذلك كانت شرعية العمل الطبى خاصة بالنسبة للطبيب الذى يتولى القيام بالعملية التجميلية لاصلاح وتقويم أى تشويه ، وبعد ثبوت نجاح هذه العمليات فى هذا المجال (٧١) — كما سبق القول — طالما كان ذلك فى الحدود الشرعية (٧٢) ، وذلك من منطلق القواعد والنصوص الشرعية التى يستوحى منها مشروعية هذا العمل الطبى لازالة ضرر التشويه ، فمن المسلم به أنه لا كان ضرر التشويه يمثل مشقة قد يكون لها صداها فى اعتبارها عائقا للشخص عن مباشرة حقوقه الشرعية والتى لولا هذا التشويه لما حيل بينه وبين هذه الحقوق الشرعية (٧٣)

(٧٠) انظر أمثلة لهذا التشويه فى قواعد الاحكام ج ١ ص ١٣٨
مشار اليه آنفا وفى نفس الموضع .

(٧١) انظر مقالة أحمد ابراهيم — مسئولية الأطباء — مجلة الأزهر
المجلد ١٩ ص ٩٠٦ (١٣٦٧ هـ) .

(٧٢) أى التى يستهدف الطبيب بها علاج تشويه بدنى لا تغيى
لخلق الله راجع المعطيات الشرعية والقانونية للمشوهين خلقيا فى البحث
التمهيدى .

(٧٣) انظر ما ورد فى هذا الصدد من منع الشخص من مباشرة حق
الإمامة العظمى أو الولاية العامة فيما اذا لحقه التشويه البدنى فى البحث
التمهيدى .

والاجتماعية(٧٤) كانت هذه المشقة جالبة للتيسير اعمالا لقاعدة المشقة تجلب التيسير(٧٥) والتي يتخرج عليها جميع رخص الشارع وتحقيقاته(٧٦) ، كما أن ازالة الضرر واجبة أيضا اعمالا لقاعدة الضرر يزال(٧٧) ، ومن هنا فقد أباحت الشريعة الاسلامية للأطباء الاجتهاد في علاج كل ما من شأنه أن يلحق البنية من خلل(٧٨) أيا كان الخلل ظاهرا أو باطنا ، لأن اصلاح الأجسام مقصد من مقاصد الطبيب في عمله الطبى (٧٩) ، ومن منطلق حرص الاسلام على حسن المظهر ولصوره الجمالية ، لأن الله جميل يحب الجمال(٨٠) ولقوله تعالى : « لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم » (٨١) وقوله « وصوركم فأحسن صوركم »(٨٢) ، والعامل على وفق المقاصد الإصلية عامل على

-
- (٧٤) انظر أيضا في أثر التشويه البدنى فى اعتباره عاقبا من مباشرة بعض الحقوق الاجتماعية للشخص د. محمد السعيد رشدى - الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٥٠ وما بعدها .
- (٧٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٤ (ط عيسى الحلبي) .
- (٧٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ٧٥ ط محققة ١٣٧٨ هـ .
- (٧٧) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٢ .
- (٧٨) انظر فى ذلك . النزعة المبهجة فى تشخيص الأذهان وتعديل الامزجة ج ٢ ص ١٤٠ ط صبيح مطبوع بهامش تذكرة أولى الألباب والعجب العجائب (تذكرة داوود) .
- (٧٩) كشف القناع ج ٥ ص ٥٣٧ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢١ الأمل ج ١ ص ٢٧٥ ، الأشباه لابن نجيم ص ٢٩٠ ، أحمد محمد إبراهيم المقالة السابقة ص ٤٦٠ .
- (٨٠) رواء مسلم فى صحيحه ج ١ ص ٩٣ ط دار الشعب .
- (٨١) سورة التين آية رقم ٤ .
- (٨٢) سورة غافر الآية ٦٤ .

الإصلاح لا الافساد ، ولأن الله لم ينزل داء الا أنزل له حواء (٨٣) ،
 لأن النفوس جبات على حب الكمال (٨٤) ، وتقدير المشروعية للعمل
 الطبى يجعل الطبيب عاملا في مباح ما لم يؤد ذلك الى ضرر نتيجة
 تقضيز أو خطأ فيكون حينئذ مسئولا لأن الضرر لا يزال بالضرر (٨٥) ،
 ولأن من تطيب ولم يعلم له طب فهو ضامن (٨٦) ، وعلى ذلك فان
 الطبيب اذا قصر في المعالجة أو جهل أصول الطب فانه يضمن (٨٧)
 ويسأل جنائيا عن ذلك ، كما أن الخطأ الذى يتسبب في اهدار نفس
 أو اتلافها يكون مستوجبا للعقوبة والضمن (٨٨) أيضا •

(٨٣) الموافقات ج ٢ ص ٢٠٦ •

(٨٤) سبق تخريجه •

(٨٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨ •

(٨٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧ •

(٨٧) أبو داود فى سننه ج ٢ ص ٥٠١ ط دار احياء السنة •

(٨٨) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٥١ ، الأشباه والنظائر ص ٣٩٠

وزاجع أيضا فى خطأ الطبيب المراجع الشرعية المشتتار اليها عند تقرير
 المسئولية بالنسبة للميتوس من علاج •

النظم الإداري المركزي

في

المملكة العربية السعودية

دكتور محمد فتوح محمد عثمان

رئيس قسم القانون العام

يقصد بالتنظيم بوجه عام استخدام الطرق والأساليب العلمية لتحقيق أهداف المشروعات العامة والمخاصة وتحصيل أكبر فائدة من الجهود التي تبذل بأقل تكلفة ممكنة .

ويقصد به بالنسبة لإدارة المرافق العامة في الدولة اعداد جهاز إداري سليم صالح لأداء المهمة الملقاة على عاتقه ، وإدارة هذا الجهاز وتوجيه سيره بطريقة تكفل تحقيق الأهداف المرجوة منه في أسرع وقت وعلى أحسن وجه وبأقل تكاليف ممكنة (١) .

وفي بيان أهمية تنظيم الإدارة العامة يقول علماء التنظيم « ان التنظيم هو أهم العناصر في بناء الدولة الحديثة وان تنظيم الجهاز الحكومي على أساس سليم هو بلا جدال مصدر قوة للدولة » .

(١) المرحوم الأستاذ الدكتور محمد فوزي مهنا : الوزارات وتنظيمها في ضوء مبادئ علم التنظيم - بحث بمجلة الحقوق (٠٠ حقوق الاسكتندرية) السنة الثامنة ١٩٥٨ - ١٩٥٩ ص ١٢١ وما بعدها .

ويقولون أيضا ان التنظيم اذا كان لازما لنجاح المشروعات بوجه عام فانه كلما زاد حجم المشروع أو المرفق كانت حاجته الى التنظيم أشد وأقوى . ولا كانت الدولة بحق أضخم المشروعات المعروفة من وجهة نظر الباحث في التنظيم ، فان التنظيم يبدو بالنسبة للدولة أكثر أهمية وأشد خطراً (*) .

وموضوع « تنظيم الادارة العامة يتسم بطابع سياسى ملموس » ومن ثم فانه أقرب الى النظام (٢) (القانون) الدستورى منه الى النظام (القانون) الإدارى فالمزج بين المركزية واللامركزية ، ومدى حرية الهيئات الإقليمية في الاشراف على المصالح المحلية ، ينوقف على درجة الوعي القومى وتمكن نظام الشورى والديمقراطية في الدولة .

والملاحظ في هذا الخصوص أنه كلما رسخت أصول الشورى والديمقراطية في دولة من الدول ازدهرت اللامركزية الادارية فيها ، والعكس (٣) .

(*) المرحوم الأستاذ الدكتور عثمان خليل : التنظيم الإدارى في الدول العربية من مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية التابع للجامعة العربية ١٩٥٧ - ص ٣٣ .

(٢) تنظر المملكة العربية السعودية من اصطلاح « قانون » وتستعمل بدلا منها اصطلاح « نظام » بسبب أن القوانين الوضعية الأجنبية هي التي استبعلت الشريعة الإسلامية من التطبيق في البلاد الإسلامية ، وحرصتها في ميدان الأحوال الشخصية رغم أن كثيرا من الفقهاء استعملوا كلمة قانون بمعنى قاعدة .

(انظر للباحث بحث سابق عن السلطة التنظيمية أو التشريعية في المملكة العربية السعودية . منشور بعدد سابق من هذه المجلة) .

(٣) أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى : الوجيز في القانون الإدارى - دار الفكر العربى ١٩٨٩ - ص ٢١ .

ولاشك أن النظم السياسية والادارية لا يمكن وصفها بالثبات والاستقرار لأنها بطبيعتها مرنة وتحتاج الى مرجعة مستمرة لكي تستجيب لمقتضيات الحياة الحديثة التي تتطور بسرعة لم تعدها الشعوب من قبل . ومن ناحية أخرى فإن سلامة النظم الادارية لا تتأكد الا بالتجربة والتطبيق ويتأثر الاسلوب الذى تنتهجه الدولة بوجه عام فى تنظيمها الادارى بظروفها الاجتماعية والسياسية ودرجة تأصل النظم الديمقراطية والشورى فيها . فالدولة الحديثة التى حلت محل النظم القبلية كان من الضرورى لها أن تقوى السلطة المركزية (٤) فيها لأقصى حد ممكن ، لتضمن عدم عودة النظم القبلية ، ولتكتفل بسيادة حكم الشريعة الاسلامية والأنظمة (القوانين) على جميع الأفراد وعلى جميع أجزاء البلاد .

فلما استقرت الدولة ، وزال كل خطر يتهدها من تلك الناحية ، وأخذت بالنظم الديمقراطية والشورى وتعددت الواجبات الملقاة على عاتقها وتنوعت الخدمات التى تؤديها للأفراد فى صورة مرافق وخدمات عامة وجدت نفسها مسوقة لأن تتيح للأفراد المشاركة فى أداء الخدمات العامة ، وإشباع حاجاتهم الخاصة والمحلية ، حتى تتفرغ الحكومة فى العاصمة للامور الخطيرة التى تهم الدولة كلها ، والتى يحسن إخضاعها لنظام موحد .

ويأخذ التنظيم الادارى فى الحالة الأولى صورة المركزية .

وفى الحالة الثانية صورة اللامركزية .

(٤) أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى : الوجيز فى القانون

الادارى المراجع السابق ص ٤٥ .

فالمركية واللامركزية هما صورتا التنظيم الإداري في الدولة الحديثة تأخذ كل دولة منهما بنصيب يتفق وظروفها الاجتماعية .

ولهذا كما يقول أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى فان درجة المازيج بين المركزية واللامركزية من ألق الأمور فى التنظيم الإدارى لأن هذه الدرجة متغيرة تبعاً لتغير ظروف الدولة (٥) .

ومن ثم فإنه كثيراً ما يعدل فى النظم التى يأخذ بها على ضوء ما تسفر عنه النتائج .

الإدارة المركزية فى المملكة العربية السعودية

لأنك أن النظام السياسى أو الإدارى لشعب من الشعوب لابد وأن يتأثر بالظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التى يعيش فيها، كما يؤثر هذا النظام السياسى أو الإدارى بدوره فى تلك الظروف أى يتبادل النظام والظروف والتأثير والتأثر ، ويقوم بينه وبينها من مظاهر الاتصال الوثيق ما يجعل دراسة النظام السياسى أو الإدارى بمعزل عن هذه الظروف ، دراسة قاصرة .

وهذه الحقيقة العلمية تظهر بمزيد من الوضوح فى أساليب التنظيم إدارى ، لأن هذا التنظيم يتخذ عادة وسيلة لتحقيق الأهداف الإيجابية للدولة فى الميدان السياسى والاقتصادى ، كما أن النشاط الإدارى يهدف أساساً الى وضع الاتجاهات الكلية للنظام السياسى

(٥) أستاذنا الدكتور سليمان الطماوى : الوجيز فى القانون

الإدارى - المرقم السابق ص ٤٥ .

المرحوم الدكتور عثمان خليل : التنظيم الإدارى فى الدول العربية

- مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٧ - ص ٨ .

موضع التنفيذ في الثغور والجزئيات ومن ثم كان من الطبيعي أن تتعكس الروح العامة والاتجاهات الكبرى لهذا النظام السياسي على أساليب تنفيذه في تلك الجزئيات (٦) .

والتاريخ شاهد على هذه العلاقة الوثيقة ، فكانت الجزيرة العربية جزءا من العالم الاسلامي الخاضع للخلافة العثمانية ، الى أن استقلت نجد بنشأة الدولة السعودية الأولى سنة ١٢١٨ هـ (١٨٠٢ م) .
ولما تولى الملك عبد العزيز حكم الحجاز في سنة ١٣٤٣ هـ (١٩٢٤ م) صار ملكا على الحجاز وسلطانا لنجد الى سنة ١٣٥١ هـ (١٩٣٣ م)
تاريخ توحيد المملكة العربية السعودية .

ونظرا لاستقلال نجد عن الخلافة العثمانية ، قبل الحجاز بحوالى قرن وربع فلم يكن للتشريعات العثمانية أثر في اقليم نجد ، بعكس الوضع في الحجاز الذي كانت سلطة الخلافة العثمانية فيه واضحة ، لوجود مقر الحكم في مكة وسهولة المواصلات البرية والبحرية فكان يوجد خط سكة حديد الحجاز الذي يربط دمشق بالمدينة المنورة (٧) .

ولا قامت المملكة العربية السعودية الموحدة في ١٣٥٢ هـ اتخذ نظامها السياسي كله طابع المركزية بقصد القضاء على التفكيت السياسي الذي صاحب الخلافة العثمانية ، وتدعيها للمصلحة السياسية المركزية من ناحية لعدم عودة التفكيت السياسي والاداري الذي كان موجودا في ظل الخلافة العثمانية .

(٦) الدكتور السيد محمد قننى : القانون الادارى الليبي ١٩٦٤ -
دار النهضة العربية ص ٥٠ .

(٧) السيد الدكتور محمد عبد الجواد : التطور التشريعي في
المملكة العربية السعودية منشأة المعارف - ١٩٧٧ ص ٤٠ .

ونصت المادة الأولى من التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية الصادرة بأمر ملكي مؤرخ ٢١ صفر ١٣٤٥ هـ على أن : « المملكة الحجازية بحدودها المطومة مرتبطة بعضها ببعض ، لا تقبل التجزئة ولا الانفصال ، بوجه من الوجوه .

هذا وتتكون الادارة المركزية في المملكة العربية السعودية من :

- ١ - خادم الحرمين الشريفين .
- ٢ - مجلس الوزراء ورئيس مجلس الوزراء .
- ٣ - الوزارات .
- ٤ - الأجهزة التابعة لرئيس مجلس الوزراء أو (الهيئات المستقلة التي تخدم على المستوى العام للمملكة العربية السعودية) .

البحث الأول

خادم الحرمين الشريفين

(صاحب الجلالة الملك) (١)

تكون جميع ادارة المملكة (٢) بيد خاتم الحرمين الشريفين (صاحب الجلالة الملك) وجلالته مقيد بأحكام الشرع الشريف .

(١) صدر أمر ملكي في ٢٧/١٠/١٩٨٦ باستبدال مسمى صاحب الجلالة يلقب « خادم الحرمين الشريفين » .

(٢) التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية الصادرة بأمر ملكي مؤرخ ٢١ صفر سنة ١٩٤٥ ، ومنشور ب : أم القرى : العدد ٩٠ بتاريخ ٢٥ صفر الخير سنة ١٩٤٥ ، ٣٠ سبتمبر ١٩٢٦ (المادتين الخامسة والسادسة) .

والأحكام تكون دواما ، في المملكة الحجازية منطبقة على كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام ، وما كان عليه الصحابة والسلف الصالح . وذلك تطبيقا لما جاء في البلاغ الأول الذي أذاعه المغفور له الملك عبد العزيز في الثاني عشر من جمادى الأولى سنة ١٣٤٣هـ ما يأتي (٣) .

ان مصدر التشريع والأحكام لا يكون الا من كتاب الله ، ومما جاء عن رسوله عليه الصلاة والسلام ، أو ما أقره علماء الاسلام الاعلام بطريق القياس أو أجمعوا عليه مما ليس في كتاب ولا سنة ، فلا يحل في هذه التخييار غير ما أحله الله ولا يحرم فيها غير ما حرمه الله ، وجاء في « بلاغ عام » بتاريخ ٢٨ من ذى الحجة سنة ١٣٤٣هـ (٤) ما يأتي :

ان الشريعة الاسلامية هي القانون العام ، الذي يجرى العمل على وفقه في البلاد المقدسة . وأن السلف الصالح وأئمة المذاهب الأربعة قدوتنا في السير على الطريق القويم ، وسيكون العلماء المحققون من جميع الأمصار هم المرجع لكل المسائل التي تحتاج الى تمحيص ونظر ثاقب .

وكما جاء في بلاغ عام صادر بتاريخ ١٩ ربيع الثاني سنة ١٣٤٤هـ (٥)

(٣) أم القرى العدد الأول بتاريخ ١٥ جمادى الأولى سنة ١٣٤٣هـ

١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ .

(٤) أم القرى العدد ٣٠ بتاريخ محرم الحرام سنة ١٣٤٣هـ ، ٢٤

يوليو سنة ١٩٢٥م .

(٥) أم القرى العدد ٤٥ بتاريخ ربيع الثاني سنة ١٣٤٤هـ ، ٦ نوفمبر

سنة ١٩٢٥ .

« يجب أن يكون السلطان الأول والمرجع للناس كافة الشريعة الإسلامية المطهرة » .

وقال المغفور له جلالة الملك عبد العزيز في خطاب عام :

« وقد جعلنا الله أبائى وأجدادى مبشرين ومعلمين بالكتاب والسنة وما كان عليه السلف الصالح لا تنتقيد بمذهب دون آخر ومتى وجدنا الدليل القوى فى أى مذهب من المذاهب الأربعة ، رجعنا إليه ، ونههسكتنا به . أما إذا لم نجد دليلاً قوياً ، أخذنا بمذهب الامام أحمد (٦) .

والدولة العربية السعودية دولة ملكية شورية اسلامية مستقلة فى داخليتها وخارجيتها كما تنص المادة الثامنة من التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية (٧) ووضع المغفور له الملك عبد العزيز نظام قوارث الملك فى الدولة فاخترار وليا للعهد ودعا « مجلس الشورى » (٨)

- (٦) أم القرى العدد ٢٨٤ بتاريخ ٨ ذو الحجة سنة ١٣٥٢ هـ ، ٢٤ مارس سنة ١٩٣٤ هـ .
- (٧) أم القرى العدد ٩٠ بتاريخ ٢٥ صفر الخير سنة ١٣٤٥ هـ ، ٣ سبتمبر سنة ١٩٢٦ هـ .

(٨) ومجلس الشورى الأهل أنشئ فى ١٣٤٣ أى منته بده عهد المملكة الحجازية وورد فى العدد الثالث من صحيفة أم القرى الصادرة بتاريخ ٢٩ جمادى الأولى سنة ١٣٤٣ هـ ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤م وصدر نظام مجلس الشورى نشر فى أم القرى العدد ١٣٥ بتاريخ ١٥ محرم الحرام سنة ١٩٤٦م ١٥ يوليو ١٩٢٧م ثم صدر نظام جديد بنظام مجلس الشورى نشر فى أم القرى فى العدد ١٨٦ بتاريخ ٢٥ محرم الحرام ١٣٤٧ ، ١٣ يوليو ١٩٢٨م وهو متفق فى جملته مع سابقه الذى صدر فى سنة ١٣٤٦ هـ .

« ومجلس الوكلاء » (٩) الى الاجتماع لاقرار هذه البيعة ووضع نظام ثابت لتوارث العرش بطريقة العهد فالعهد وحده لا يكفي لنقل وراثته العريش فحسبما جاء بالقرار المشترك لمجلس الشورى ومجلس الوكلاء لا بد أن يستجمع ولى العهد الشروط الواجب توافرها فى الملك وهى التى تولى تحديدها الفقه الاسلامى :

— الكفاية الجسدية •

— أن يكون من أهل الولاية الكاملة •

— الكفاية العلمية •

— العدالة

— الشجاعة •

وتعتبر البيعة هى مصدر سلطات جلالة الملك •

ويعتبر الملك خادماً انحرمين الشريفين هو صاحب السلطة العليا فى البلاد وهو يمارس اختصاصات داخلية واختصاصات خارجية •

أولا اختصاصات الملك الداخلية :

١ — السلطة السيادية :

(أ) القائد الأعلى للقوات المسلحة •

(ب) يمنح الأوسمة والميداليات •

(ج) له الحق فى العفو عن العقاب وتخفيف العقوبة •

(٩) أم القرى • العدد ٣٧٠ بتاريخ ٧ رمضان سنة ١٣٥٠ هـ •

١٥ يناير سنة ١٩٣٢ م •

٢ - السلطة التنظيمية :

وهي التي تقابل السلطة التشريعية في الدول الأخرى (١٠) - حيث التشريع لله وحده - ويملك الملك خادم الحرمين الشريفين السلطة التنظيمية بالاشتراك مع مجلس الوزراء طبقا لنظام مجلس الوزراء (١١) .

وتنص المادة ١٩ منه على أنه : « لا تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقات الدولية والامتيازات الا بموجب مراسيم ملكية (١٢) يتم اعدادها بعد موافقة مجلس الوزراء » .

كما تنص المادة العشرون على أنه : لا يجوز تعديل الأنظمة أو المعاهدات الدولية أو الامتيازات الا بموجب نظام يصدر حسب المادة ١٩ من نظام مجلس الوزراء » .

وأناطت المادة ٢٢ السلطة التنظيمية (التشريعية) من اختصاص مجلس الوزراء فتتضمن المادة ٢٢ بأنه : « لكل وزير الحق بأن يقترح على المجلس مشروع نظام (قانون) يدخل ضمن أعمال وزارته ، لغرض اقراره ، وللمجلس الموافقة عليه أو رفضه » وإذا رفض المجلس

(١٠) دكتور أحمد الصببب والأستاذ / محمد محبوب : شئون الموظفين - الجزء الأول دار النجم العلمي بجدة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ص ١٧
(١١) صدر نظام مجلس الوزراء بالمرسوم رقم ٣٨ الصادر بتاريخ ٢٢ من شوال سنة ١٣٧٧ (وهو يتكون من ٥٠ مادة) .

(١٢) المرسوم الملكي فيوقع عليهما جلالة الملك بعد موافقة مجلس الوزراء ولا يشترط في المملكة العربية السعودية الفرط الذي كان واردا في دستور ٢٣ المصري في المادة ٦٠ التي تنص على أن : توقيعات الملك في شئون الدولة يجب لنفاذها أن يوقع عليها رئيس مجلس الوزراء والوزراء المختصين .

اقتراحا فلا يجوز اعادة عرضه عليه الا اذا دعت الضرورة لذلك •
كما يحق لكل عضو من أعضاء مجلس الوزراء أن يقترح ما يرى
مصلحة من بحثه في المجلس •

وتنص المادة ٢٣ من نظام مجلس الوزراء على أنه : « اذا لم
يوافق جلالة الملك على أى مرسوم أو أمر يقدم اليه لتوقيعه ، يعاد
الى المجلس مشفوعا بالأسباب التى دعت لذلك لبحثه • واذا لم يرد
المرسوم أو الأمر من ديوان جلالة الملك الى مجلس الوزراء خلال
ثلاثين يوما من تاريخ وصوله ، يتخذ رئيس المجلس ما يراه مناسبا ،
ويحيط المجلس علما بذلك •

الموضوعات التى يجب أن تنظم بمراسيم ملكية :

الأنظمة : تصدر عن طريق مراسيم ملكيات يشترك فيها مجلس
الوزراء - مع جلالة الملك خادم الحرمين الشريفين •

مسائل تنظيم عن طريق الأنظمة :

- ١ - ادارة المناطق •
- ٢ - البلديات •
- ٣ - فرض الرسوم والضرائب وجبايتها وإلغائها منها •
- ٤ - التصرف فى أموال الدولة وإيجارها •
- ٥ - منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد •
- ٦ - محاكمة الوزراء •
- ٧ - الميزانية •
- ٨ - نظام الموظفين العام •

- ٩ - النظام الخاص بالهقوبات التى توقع على الموظفين •
- ١٠ - نظام التقاعد المحنى •
- ١١ - نظام المزايدات والمناقضات •
- ١٢ - الأنظمة التى تنشئ الوزارات وترتيبها •
- ١٣ - نظام الشركات •
- ١٤ - نظام الأوراق التجارية •
- ١٥ - نظام الوكالات التجارية •

ومع هذا يمكن أن تعالج أية مسألة أخرى « بنظام » كما يمكن أن تعالج بأية أداة أخرى كأمر ملكى أو قرار من مجلس الوزراء أو قرار وزارى •

ويمكن أن تعالج بعض المسائل عن طريق مراسيم ملكية دون أن تتضمن أنظمة •

٣ - السلطة التنفيذية :

الملك خادم الحرمين الشريفين هو رئيس السلطة التنفيذية (رئيس مجلس الوزراء) فهو :

— يشترك مع مجلس الوزراء فى رسم السياسة الداخلية والخارجية والمالية والاقتصادية والتعليمية والدفاعية • وجميع الشؤون العامة الخ •

— ومجلس الوزراء هيئة نظامية يرأسها جلالة الملك ويتمتع اجتماعات برئاسته بجلالته لغرض كافة قرارات مجلس الوزراء للتصديق عليها ولا تعتبر قرارات المجلس نهائية إلا بعد صدور التصديق عليها •

— الملك يعين الوزراء ، ككما يعفيهم من مناصبهم ويقيس .
استقلالهم ، وجميع أعضاء مجلس الوزراء مسؤولون عن أعمالهم
أمامه .

يتولى رئاسة مجلس الوزراء ، فالملك خادم الحرمين الشريفين
له توجيه السياسة العامة للدولة والعمل على التنسيق بين جميع
الوزارات ومصالح الدولة والاشراف عليها .

— للملك خادم الحرمين الشريفين اختصاص اصدار اللوائح
الداخلية لبعض الهيئات كهيئة الرقابة والتحقيق وهيئة التأديب وديوان
المراقبة العامة وبعض المسائل الواردة في نظام الموظفين العام .

— تخضع للملك خادم الحرمين الشريفين (بصفته رئيسا لمجلس
الوزراء) الهيئات المستقلة الملحقة بالمجلس كديوان الموظفين العام ،
و ديوان الحسابات العامة وديوان المظالم .

ثانيا اختصاصات الملك الخارجية :

١ — الملك خادم الحرمين الشريفين هو ممثل الدولة وهو الذى
يكون ادارة الدولة ويعلمها للدول الأخرى والمنظمات الدولية .

٢ — الملك هو الذى يصدق على المعاهدات والاتفاقات الدولية
بموجب مراسيم ملكية .

٣ — يرسل المبعوثين الدبلوماسيين للدول الأخرى ويستقبل ممثل
الدول الأخرى في المملكة .

٤ — يزود المتفاوضين نيابة عن الدولة بأوراق التفويض .

٥ - يعلن الحرب والسلم •

فالملك خادم الحرمين الشريفين له كافة الاختصاصات المتعلقة بإدارة العلاقات الخارجية •

وللملك خادم الحرمين الشريفين نائبين يفوض اختصاصاته لأحدهما ويمارس صلاحيات رئيس مجلس الوزراء بصفته نائباً لرئيس مجلس الوزراء لا بصفته نائباً للملك والقرارات التي تصدر عن الملك خادم الحرمين الشريفين بصفته رئيساً لمجلس الوزراء ، أو عن أحد نائبيه بهذه المصفة تسمى « بالأوامر » أو التوجيهات السامية •

المبحث الثاني

مجلس الوزراء

كان مجلس الشورى لسنة ١٣٤٦هـ (١) يختص بالنظر في سنن القوانين والأنظمة التي تعرضها الحكومة عليه (م/٣) •

واستمر مجلس الشورى يمارس سلطته التنظيمية ، الى أن أنشئ مجلس الوزراء في سنة ١٣٧٣هـ ونص نظامه على سلطته في الاشراف على الأنظمة التي يضعها مجلس الشورى لأقرارها أو تعديلها أو رفضها •

ثم جاء النظام الحالي لمجلس الوزراء الصادر بالمرسوم الملكي (٢)

(١) أم القرى العدد ١٣٥ بتاريخ ١٥ محرم الحراج ١٤٣٦هـ ، ١٥ يولية ١٩٢٧م •

(٢) أم القرى العدد ١٧١٧ بتاريخ ٢٧ شوال ١٣٧٧هـ الموافق ١٦/٥/١٩٥٨ م •

رقم ٤٨ بتاريخ ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧هـ الموافق ١١ مايو ١٩٥٨م وهذا النظام لا يزال سارى المفعول • فنص على « السلطة التنظيمية » وعلى (شعبة الخبراء) التى صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٨ بتاريخ ١٢ صفر ١٣٩٤هـ بتشكيلها واختصاصها الذى سندرسها بتفصيل قديما بعد • هذا وبالرغم من وجود مجلس الشورى الى الوقت الحاضر الا أنه ليس له أى دور فى عملية اصتدار الأنظمة ولا فى غيرها •

صدر أول نظام لمجلس الوزراء فى ١٢ رجب سنة ١٣٧٣هـ وأنشئ بمقتضاء أول مجلس وزراء فى المملكة العربية السعودية (٣) كان يجمع بين السلطتين التنفيذية والتنظيمية (التشريعية) •

ثم صدر نظام مجلس الوزراء الحالى بالمرسوم الملكى رقم ٣٨ بتاريخ ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧هـ (٤) ولازال هذا المرسوم الملكى مطبقا للآن •

(٣) ولقد قال المغفور له الملك سعود فى خطاب له فى افتتاح مجلس الوزراء ما نصه : لقد جعل الاسلام الأمر شورى بين المسلمين فاول ما عهدنا العزم عليه هو أن نجعل منكم اخواننا وأبنائنا ووزرائنا موضع ثقتنا وشورتنا لتتعاون معكم على النهوض بأعباء الحكم فى هذه البلاد فانشأنا مجلس الوزراء ليكون مصدرا لجميع أعمالنا التى نقوم بها فى خدمة هذه الدولة وسيكون أى عمل فى السولة وسيكون أى عمل فى الدولة مصدره ومرجعه منكم واليكم على أساس ما يقوم به كل منكم من اعباء وكلنا الأمر فيها اليه طبقا للأنظمة المقررة له « نقلا عن مؤلف :

الدكتور محمد عبد الجواد : التطور التشريعى فى المملكة العربية السعودية ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧ مطبعة جامعة القاهرة ص ١٠٤ •

(٤) المرسوم الملكى رقم ٣٨ بتاريخ ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧ يتكون من خمسين مادة •

تشكيل مجلس الوزراء :

يتكون مجلس الوزراء من :

(أ) رئيس مجلس الوزراء هو الملك خادم الحرمين الشريفين •

(ب) نواب رئيس مجلس الوزراء •

(ج) الوزراء المعاملين •

(د) وزراء الدولة الذين يصدر أمر ملكي بتعيينهم أعضاء في المجلس كوزراء دولة ••• ووزراء الدولة الذين يعينون رؤساء للهيئات المستقلة (كديوان) الموظفين وهيئة الرقابة والتحقيق وهيئة التأديب •

وطبقا للتشكيل الوزاري الصادر بالأمر الملكي رقم ٢٣/١ في ١٠/١٠/١٣٩٥هـ بناء على نظام مجلس الوزراء الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٨ في ٢٢ شوال ١٣٧٧هـ - والأمر الملكي رقم ٢١ في ٣ جمادى الآخرة سنة ١٣٨٣هـ وما تلى ذلك من تعديل يتكون مجلس الوزراء كما يلي :

١ - صاحب السمو الملكي الأمير عبد الله بن عبد العزيز

ولي العهد ونائبا أول لرئيس مجلس الوزراء •

٢ - صاحب السمو الملكي الأمير عبد الله بن عبد العزيز

رئيس الحرس الوطني •

٣ - صاحب السمو الملكي الأمير سلطان بن عبد العزيز

نائبا ثانيا لرئيس مجلس الوزراء ووزيرا للدفاع والطيران •

٤ - صاحب السمو الملكي الأمير متعب بن عبد العزيز

وزيرا للإسكان والإسغال العامة •

- ٥ — صاحب السمو الملكي الأمير نايف بن عبد العزيز
وزير الداخلية •
 - ٦ — صاحب السمو الملكي الأمير ماجد بن عبد العزيز
وزير الشؤون البلدية والقروية •
 - ٧ — صاحب السمو الملكي الأمير سعود بن فيصل
وزير الخارجية •
 - ٨ — معالي الشيخ حسن بن عبد الله آل الشيخ — وزيراً للتعليم
العالي •
 - ٩ — معالي الشيخ محمد العلي أبا الخيل — وزير المالية والاقتصاد
الوطني •
 - ١٠ — معالي الشيخ هشام محيي الدين ناظر — وزير البترول
والثروة المعدنية •
 - ١١ — معالي الشيخ إبراهيم بن محمد آل الشيخ — وزير العدل •
 - ١٢ — معالي الشيخ حسين منصورى وزير المواصلات •
 - ١٣ — معالي الشيخ عبد العزيز الخويطر — وزير المعارف •
 - ١٤ — معالي الدكتور عبد الرحمن آل الشيخ — وزير الزراعة والمياه
 - ١٥ — معالي الشيخ إبراهيم العنقرى — وزير العمل والشؤون
الاجتماعية •
 - ١٦ — معالي الشيخ عبد الوهاب عبد الواسع — وزير الحج والأوقاف
 - ١٧ — الدكتور محمد عبده يمانى — وزير الاعلام •
 - ١٨ — الدكتور حسين عبد الرازق الجزائرى — وزير الصحة •
 - ١٩ — الدكتور علوى درويش كيال — وزير للبرق والبريد والهاتف •
- (١٠ - شريعة)

- ٢٠ - الدكتور سليمان العبد العزيز السليم - وزير التجارة •
- ٢١ - الدكتور غازي عبد الرحمن القصبي - وزير الصناعة والكهرباء
- ٢٢ - معالي الشيخ محمد إبراهيم مسعود - وزير الدولة وعضو مجلس الوزراء •
- ٢٣ - معالي الشيخ عبد الله محمد العمران - وزير الدولة وعضو مجلس الوزراء •
- ٢٤ - معالي الشيخ محمد عبد اللطيف المنعم - وزير الدولة وعضو مجلس الوزراء •
- ٢٥ - معالي الشيخ هشام محيي الدين ناظر - وزير التخطيط بالنيابة (مع تولية وزارة البترول والثروة المعدنية) •

رئاسة مجلس الوزراء :

سار العمل في المملكة العربية السعودية على مبدأ مباشرة الملك سلطته بواسطة وزرائه مع رئاسة جلالاته لمجلس الوزراء •

غير أنه جرى العمل على تعيين ولي العهد نائباً أول لرئيس مجلس الوزراء وهو صاحب السمو الملكي عبد الله بن عبد العزيز نائباً ثانياً لرئيس مجلس الوزراء ووزيراً للدفاع والطيران • ويتولى النائب الأول رئاسة مجلس الوزراء وفي حالة عدم حضوره يتولى الرئاسة النائب الثاني لرئيس مجلس الوزراء ولا يمنع هذا العرفه جلالة الملك خادم الحرمين الشريفين من حضور جلسات مجلس الوزراء فقد بيدي من جليل النصيح والإرشاد ما يفيد الوزارة فائدة عظيمة •

وهذه العبارة الدقيقة في دلالتها تجعل هذا الحضور متفقاً مع ما هو مقرر في البلاد البرلمانية بجوار رئاسة الرئيس الأعلى للدولة لمجلس الوزراء .

وحين يحضر جلالة الملك جلسة من جلسات مجلس الوزراء تكون له الرئاسة الفعلية وهو الذى يدير المناقشات ويأذن بالكلام ويأخذ الآراء وما الى ذلك .

فالقرار فى المملكة العربية السعودية أن اشتراك الملك خادم الحرمين الشريفين فى مباشرة السلطة الفعلية فهو يسود ويحكم (٥) وبالتالى فان كل من يعمل قد يخطئ وقد يصيب (٦) .

قرارات مجلس الوزراء السعودى :

ان قرارات مجلس الوزراء السعودى قرارات نهائية الا ما كان يحتاج منها الى استصدار أمر أو مرسوم ملكى (٧) وحين يراد استصدار نظام فان الذى يتقدم بمشروعه الوزير المختص وفقاً لما يلى :

(٥) وذلك بعكس المبدأ السائد فى إنجلترا : « أن الملك يسود ولا يحكم » .

(٦) وذلك بعكس المبدأ السائد فى إنجلترا : « أن الملك لا يخطئ » .

(٧) الدكتور حسن توفيق : الادارة العامة فى المملكة العربية

السعودية المنظمة العربية للعلوم الادارية - عدد رقم ٨٧ صادر فى يناير

مراحل سن النظام (٨) :

١ - لكل وزير الحق في اقتراح أى مشروع نظام يدخل في أعمال وزارته ويقدم مشروع النظام الى مجلس الوزراء • ويحال مشروع النظم الى لجنة الأنظمة في مجلس الوزراء لبحثه وتقديم تقرير عنه الى المجلس (المادة ٢٢ من نظام مجلس الوزراء رقم ٣٨ بتاريخ ١٢ شوال ١٣٧٧ هـ) •

٢ - يعرض مشروع النظام وتقرير لجنة الأنظمة على مجلس الوزراء لمناقشته والتصويت عليه • ويجب أن يوافق مجلس الوزراء على مشروع النظام بعد أخذ رأى عليه مادة مادة • ثم يصوت على المشروع كاملا وذلك حسب الاجراءات المنصوص عليها في النظام الداخلي لمجلس الوزراء (المادة ٢١ من نظام مجلس الوزراء) •

٣ - يرفع مشروع النظم بعد موافقة مجلس الوزراء عليه الى مقام الملك خادم الحرمين الشريفين للموافقة عليه وللملك حق الاعتراض على مشروع النظام • فاذا اعترض الملك على مشروع نظام معين رده الى مجلس الوزراء خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصوله اليه مشفوعا بالأسباب التي دعت الى ذلك لاعادة بحثه (المادة ٢٣ من نظام مجلس الوزراء) •

٤ - يصدر الملك النظام بتوقيع جلالاته على المرسوم باصدار النظام •

(٨) استاذنا الدكتور جعفر عبد السلام والدكتور عماد الدين الشرييني : مقبلة أصول التشريع في المملكة العربية السعودية - الجزء الأول - دار الكتاب الجامعي القاهرة ١٤٠٣ - ١٩٨٣ م ص ٩٥

٥ - يكون النظام نافذ المفعول من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية (أم القرى) الا اذا نص في النظام على مدة أخرى لسريانه .
(المادة ٢٤ من نظام مجلس الوزراء) •

اختصاصات مجلس الوزراء السعودي :

حدد الرسوم الملكى رقم ٣٨ الصادر في ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧ هـ
صلاحيات مجلس الوزراء في المادة ١ منه التى تنص على أن :

« يرسم مجلس الوزراء السياسة الداخلية والخارجية والمالية والاقتصادية والتعليمية والدفاعية ، وجميع الشئون العامة للدولة ، ويشرف على تنفيذها • ويملك السلطة التنظيمية والسلطة التنفيذية ، والسلطة الادارية وهو المرجع للشئون المالية ولجميع الشئون المرتبطة في سائر وزارات الدولة والمصالح الأخرى وهو الذى يقرر ما يلزم اتخاذه من اجراءات في ذلك ولا تعتبر المعاهدات والاتفاقيات الدولية نافذة الا بعد موافقته •

وقرارات مجلس الوزراء نهائية • الا ما يحتاج منها لاستصدار أمر أو مرسوم ملكى طبقاً لأحكام هذا النظام •

من هذا النص الوحيد الذى حدد اختصاصات مجلس الوزراء بالملكة العربية السعودية نجد أنه قسم سلطات الدولة الى :

١ - سلطة تنظيمية « تشريعية » •

٢ - سلطة تنفيذية •

٣ - سلطة ادارية •

ومجلس الوزراء في المملكة العربية السعودية هو الذي يقر
الميزانية العامة للدولة (٩) •

« تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقات الدولية والامتيازات
الا بموجب مراسيم ملكية يتم اعدادها بعد موافقة مجلس الوزراء
(م/١٩) » •

« ولا يجوز تعديل الأنظمة أو المعاهدات الدولية أو الامتيازات
الا بموجب نظام يصدر حسب المادة ١٩ من نظام مجلس الوزراء
ونقصد المادة ٢١ على أن : « يبت المجلس في مشروعات الأنظمة
المعرضة عليه مادة مادة ، ثم يصوت عليها بالجملة » •

التشكيلات الإدارية لمجلس الوزراء :

يدخل في تشكيلات مجلس الوزراء الادارية الشعب الآتية :

- ١ — ديوان رئاسة مجلس الوزراء •
- ٢ — الأمانة العامة لمجلس الوزراء •
- ٣ — شعبة الخبراء •

أولا — ديوان رئاسة مجلس الوزراء :

يرأس ديوان رئاسة مجلس الوزراء رئيس الديوان مرتبط برئيس
المجلس ويعاونه مدير عام ويشرف على أعمال الديوان •

(٩) أقر مجلس الوزراء الميزانية العامة للدولة السعودية للعام
المالى ١٣٠٩ - ١٣١٠ •

وتحتت المصروفات بمائة وواحد وأربعون ألف مليون ريال سعودى
وتحتت الإيرادات بمائة وست عشرة ألف مليون ريال سعودى •

ويتبع ديوان رئاسة مجلس الوزراء تسع أقسام هي :

- ١ - قسم شئون المشاريع •
- ٢ - قسم الشئون المالية •
- ٣ - قسم الشئون السياسية •
- ٤ - قسم الشئون الادارية •
- ٥ - قسم الشئون السرية •
- ٦ - قسم لشئون الموظفين •
- ٧ - قسم البرقيات •
- ٨ - قسم شئون الأجانب •
- ٩ - قسم شئون البادية (القبائل) •

ثانيا - الأمانة العامة لمجلس الوزراء :

يرأس الأمانة العامة للمجلس أمين عام مرتبط برئيس مجلس الوزراء ومساعدته في القيام بأعماله مشاعد وينتفرع عن الأمانة العامة ثمان أقسام هي :

- ١ - قسم المستشارون •
- ٢ - قسم الادارة •
- ٣ - قسم المكتبة •
- ٤ - قسم محاضر الجلسات •
- ٥ - قسم الادارة المالية •
- ٦ - قسم سكرتارية لجنة الأنظمة •
- ٧ - قسم سكرتارية اللجنة الادارية •
- ٨ - قسم الشئون الادارية •

ثالثاً - شعبة الخبراء :

بناءً على نص المادة ٤٥ من نظام مجلس الوزراء صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٨ بتاريخ ١٢/٢/١٣٩٤هـ بتشكيل شعبة الخبراء وتحديد اختصاصاتها •

— ترتبط الشعبة مباشرة بالنائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء •

— تتألف الشعبة من : رئيس ومساعد للرئيس وعدد من الأعضاء الخبراء القانونيين يكون من بينهم مختصون في فرعى المالية العامة والادارة العامة •

— وللشعبة ، بقدر الحاجة ، الاستعانة بخبراء يندبون لها بصفة عرضية من الجهات الادارية والمؤسسات العلمية •

— يختار رئيس الشعبة من ذوى الاختصاص العالى في الدراسات القانونية ويشترط في كل الأعضاء الخبراء قصى حد ممكن من التأهيل والخبرة ويكونون على درجات تبدأ بدرجة مساعد خبير •

— يكون لرئيس الشعبة بالنسبة لادارة جهازها ذات الصلاحيات التى يمارسها الأمين العام لمجلس الوزراء بالنسبة لجهاز الأمانة العامة ، عدا الصلاحيات التى يرى النائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء الاحتفاظ بها لنفسه •

— ويتم دائماً اختيار الأعضاء الخبراء وانهاء خدمتهم ونقلهم خارج الشعبة بموافقة النائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء •

— تتولى الأجهزة الادارية في الأمانة العامة لمجلس الوزراء أداء الخدمات الادارية اللازمة للشعبة في مجال الشؤون المالية وشؤون الموظفين •

اختصاصات شعبة الخبراء :

حدد قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٨ لسنة ١٣٩٤هـ اختصاصات شعبة الخبراء فيما يلي :

- ١ - بحث وحراسة المعاملات التي تحال اليها من قبل رئيس مجلس الوزراء ونائبه ومن مجلس الوزراء ولجانه •
- ٢ - مراجعة مشروعات الأنظمة واللوائح المقدمة من الجهات الإدارية •
- ٣ - اعادة مراجعة الأنظمة المسارية واقتراح تعديلها •
- ٤ - اقتراح الصياغة المناسبة لقرارات مجلس الوزراء التي تتضمن وضع قواعد عامة •

كيفية قيام شعبة الخبراء بعملها :

أولاً - تتم إحالة المعاملات عن طريق الأمانة العامة من قبل رئيس مجلس الوزراء أو نائبه أو المجلس أو لجانه المتفرعة حسب الأحوال إلى رئيس الشعبة •

ثانياً - تتم دراسة المعاملات ذات الطابع الفردي من قبل اثنين من الخبراء على الأقل • أما المعاملات ذات الطابع العام أي الأنظمة واللوائح والقواعد العامة ، سواء في ذلك انشاؤها أو تعديلها أو إلغاؤها فتتم دراساتها من قبل هيئة الخبراء في الشعبة مجتمعة ويكون أحد الأعضاء الخبراء مقرراً للهيئة في دراسة مثل هذه المعاملات ومسئولاً مباشرة عن إنجاز الدراسة • وفي جميع الأحوال تصدر المذكرات والتقارير بنتائج دراسة المعاملات أيًا كان نوعها باسم الشعبة وفي حالة المعاملات ذات الطابع العام يبين في المذكرات والتقارير ما إذا كانت نتيجة الدراسة توصل اليها بالإكثارية أو بالأجماع ويحتفظ في الشعبة بالمذكرات والتقارير الموقعة من قبل الخبراء الذين حرروها •

إجراءات دراسة المعاملات طبقا للنظام الداخلي لشعبة الخبراء :

تضمن قرار مجلس الوزراء رقم ٦٨ بتاريخ ١٦/١١/١٣٩٤هـ إجراءات دراسة المعاملات وفقا للقواعد التالية :

١ - تخصص الساعة الأولى من دوام كل يوم لاجتماع المستشارين في شكل هيئة عامة لدراسة المعاملات التي تتطلب الدراسة الجماعية والمناقشة ما يستجد متعلقا بسير العمل في الشعبة وحسن أدائها لمواجباتها ، ويجوز لرئيس الشعبة عند الاقتضاء ، مد فترة الاجتماع أو تقصيرها ، أو تقرير عقد اجتماعات أخرى (المادة الأولى).

٢ - تدرس مشاريع الأنظمة واللوائح والقواعد العامة وكذلك المعاملات التي تحظى على تقارير سابقة أثناء الاجتماعات الصباحية (المادة الثانية) .

٣ - تقرر نتائج الدراسة لمشاريع الأنظمة واللوائح والقواعد العامة المنشئة والمفسرة وتقرر السوابق بأغلبية آراء المستشارين المشتركين في الاجتماع (المادة الرابعة) .

٤ - عند اجراء تغيير جوهري في مشروع أى نظام أو لائحة يتعين على المستشار المقرر استطلاع رأى الجهة التي أعدته عن طريق اشتراك مندوب عنها (المادة الخامسة) .

٥ - يتقيد المستشارون عند دراستهم للمعاملات المحالة اليهم بالسوابق التي تقرر هيئة الخبراء التزامها . فاذا رأى المستشار مخالفة السابقة وجب عرض الموضوع على الهيئة مجتمعة (المادة السادسة) .

٦ - عند اقتضاء دراسة أية معاملة يجوز للمستشار الاطلاع على

الأعمال التحضيرية لأي قرار من قرارات مجلس الوزراء وذلك عن طريق ترتيبات يتفق عليها بين الأمين العام لمجلس الوزراء ورئيس الشعبة (المادة التاسعة) •

٧ — يخاطب رئيس الشعبة الوزراء ورؤساء المصالح الحكومية أو الموظفين في المستويات الأدنى لأغراض دراسة المعاملات كاستيفاء معلومات ناقصة أو طلب أوراق تتصل بالموضوع أو طلب تعيين مندوبين أو للاستعانة بخبراء (المادة العاشرة) •

المبحث الثالث

الوزارات

ان تعدد وظائف السلطة الادارية المركزية وتشعبها يجعل من المتعذر قيام هيئة ادارية واحدة أو رئيس اداري واحد بجميع المهام الملقاة على عاتق هذه السلطة • ولهذا كان من الواجب لضمان حسن سير الجهاز الاداري توزيع العمل الاداري بين هيئات أو وحدات ادارية تباشر كل وحدة منها قدرا معينا من الاختصاصات الادارية المركزية •

وتتعدد الوحدات أو الأقسام الادارية يقتضى انخضاعها جميعا لسلطة عليا واحدة تتولى رسم السياسة العامة التي تسير عليها تتسق العمل بينها وهذه السلطة هي مجلس الوزراء ويعتبر في علاقته بالسلطة الادارية بمثابة القائد الموجه •

ومن هنا كان التنظيم الاداري السليم في كل دولة يقتضى وجود سلطة قيادة واحدة تتعنها أقسام أو وحدات ادارية متعددة تتولى

الوظيفة الادارية تحت اشرافها ورقابتها وفقا للسياسة العامة (١)
يرسمها مجلس الوزراء ويقرها خادم الحرمين الشريفين جلالة الملك .
والوزارات أقسام ادارية رئيسية يرأس كل قسم (وزارة)
رئيس فرد يجمع في يده السلطة والمسئولية ، ويختص كل قسم منها
بجزء من اختصاصات السلطة الادارية في الدولة .

وتنشأ الوزارات لتحقيق غرض محدد أو تقسيم نوع معين
أو مجموعة متشابهة من الخدمات . وعلى هذا الأساس يحدد عدد
الوزارات واختصاص كل منها .

وتقتضى مبادئ التنظيم السليم كما يقول أستاذنا المرحوم
الدكتور محمد فؤاد منها (٢) : بجمع كل الأعمال التي من نوع واحد
في يد وزارة واحدة . فلا تنشأ أكثر من وزارة للقيام بنوع واحد من
الأعمال أو بأعمال متشابهة في النوع وأن لا يزداد عدد الوزارات عن
حد معين حتى يسهل التنسيق بين أعمالها .

ويلاحظ أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوي (٣) في جميع
الدول أن عدد الوزارات في ازدياد مستمر ، وأن هذه الزيادة تبلغ

- (١) المرحوم الأستاذ الدكتور محمد فؤاد منها : سياسة الإصلاح
الاداري وتطبيقاتها - دار المعارف ١٩٧٨ - ص ٣٦٧ .
(٢) المرحوم أستاذنا الدكتور محمد فؤاد منها : الوزارات
وتنظيمها في ضوء مبادئ علم التنظيم - بحث بمجلة الحقوق والبحوث
القانونية والاقتصادية - السنة السابعة الثامنة - العددان الأول ، والثاني
١٩٥٩ والمجلة تصدرها كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية ص ١٣٢ .
(٣) أستاذنا العميد سليمان محمد الطماوي : النظم السياسية
والقانون الدستوري دراسة مقارنة ١٩٨٨ - بدون دار نشر أو مطبعة
نص ٥٤٩ .

أقصى مداها في الدول الاشتراكية ويترتب على تعدد الوزارات مشاكل كثيرة :

— الاسراف في النفقات العامة •

— تتداخل الاختصاصات بين الوزارات المتشابهة مما يؤدي الى كثير من المنازعات بين الادارات والمصالح الى استشكال الأمر على الأفراد •

ولهذا عملت بعض الدول ومنها المملكة العربية السعودية على الحد من تعدد الوزارات في غير ما ضرورة الى حد ان اشتراط بعضها ألا تنشأ الوزارات الا بقانون (٤) •

الوزارات في المملكة العربية السعودية :

كان يوجد في المملكة العربية السعودية حتى بداية السبعينات في القرن الهجري الماضي أربع وزارات هي :

١ — وزارة الداخلية •

٢ — وزارة الخارجية •

٣ — وزارة المالية •

٤ — وزارة الدفاع •

ولقد بلغ اليوم عدد الوزارات في المملكة العربية السعودية وطبقاً للتشكيل الأخير برئاسة الملك فهد بن عبد العزيز أنى خمس وعشرين وزارة •

(٤) أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى : النظم السيلسية والقانون الدستوري ص ٥٤٣ •

ان معظم الوزارات في المملكة العربية السعودية كان يستند منذ انشائها على قاعدة تنظيمية ثم ارساء دعائمها قبل عملية الانشاء بزم من ليس قصير ، وهذا ما عمل على تمكين هذه الوزارات من ممارسة نشاطاتها ووظائفها منذ بدايات انشائها كما أن ذلك مكنها أن تتحرك في اتجاه التكامل البنوي بصورة سريعة (٥) .

وطبقا لقانون مجلس الوزراء يختص الوزير بالاختصاصات الآتية (٦) :

- وضع السياسة العامة للوزارة والاشراف على تنفيذها .
- تحديد نظام العمل بالوزارة واصدار اللوائح المتعلقة بالتنظيم الاداري لها بناء على اقتراح من وكيل الوزارة .
- البت في مشروعات الانظمة (القوانين) المتعلقة بموارثه والتي تصدر بموجب مراسيم ملكية أو قرارات من الوزارة .
- اصدار القرارات الوزارية « واللوائح التنفيذية » سواء الخاصة بقرارات مجلس الوزراء أو بقرارات الوزير الفردية .
- له حق تشكيل هيئة أو لجنة تتولى التحرى والبحث في المسائل المتعلقة بالمصالح والادارات التابعة للوزارة .

(٥) دكتور عبد المعطى محمد عساف : التنظيم الاداري، على مستوى الوزارات في المملكة العربية السعودية — بحث منشور بمجلة العلوم الادارية — العدد الاول — يونيو سنة ١٩٨٦ ص ١٦٣ .

(٦) دكتور مصطفى أحمد فهمي : المجالس المحلية بالمملكة العربية السعودية الاصدار رقم ٧٣ للمنظمة العربية للعلوم الادارية ص ٨ .

— والوزير مسئول أمام رئيس مجلس الوزراء تصرفاته في حدود سلطاته السابقة •

الوزارات الحالية في المملكة العربية السعودية وهي :

١ — وزارة الخارجية :

أنشأت عام ١٣٤٩ هـ وتتولى مهام السياسة الخارجية والتمثيل السياسي للمملكة العربية السعودية ويتولى وثأر الخارجية صاحب السمو الملكي/سعود بن فيصل •

٢ — وزارة الدفاع والطيران المدني :

أنشأت عام ١٣٦٥ هـ وتتولى الأمور العسكرية في المملكة وتتولى مهام الحفاظ على الأمن القومي الخارجى من زاوية عسكرية حيث هي التي تقع على عاتقها الدفاع عن المملكة العربية السعودية وحمايتها من أى اعتداء خارجى • كما تتولى الوزارة أيضا مسؤولية الطيران المدني وذلك بعد تأسيس مصلحة الخطوط الجوية العربية السعودية •

ويتولى منصب وزير الدفاع والطيران هو صاحب السمو الملكي الأمير سلطان بن عبد العزيز النائب الثاني لرئيس مجلس الوزراء •

٣ — وزارة الداخلية :

أنشأت عام ١٣٥٠ هـ وتتولى بكافة الأمور الداخلية لمجتمع المملكة وتتولى تحقيق النظام العام في المملكة بمحولاتها الثلاثة — حفظ الأمن — حفظ الصحة العامة — حفظ السكينة العامة •

وألحقت بوزارة الداخلية مختلف الدوائر التي تمارس أعمال الخدمات العامة المختلفة كالصحة والتعليم والبريد والبرق والتليفونات

كل هذا بالإضافة الى أعمال الأمن الداخلى الذى أصبح فيما بعد يمثل المحور الأساسى لنشاطات وزارة الداخلية •

ويتولى منصب وزارة الداخلية صاحب السمو الملكى الأمير /
نايق بن عبد العزيز •

٤ - وزارة العدل :

تأسست عام ١٣٩٠ هـ ويختص بإدارة القضاء وكل ما يتعلق بالمحاكم والقضاة • ويتولى وزارة العدل معالى الشيخ/ ابراهيم محمد آل الشيخ •

٥ - وزارة الزراعة والمياه :

تأسست عام ١٣٧٣ هـ وتتولى مسئولية تطوير القطاع الزراعى فى المملكة بوضع الخطط والسياسات الزراعية الحقيقية مع توفير التقاوى والبذور والكيماويات اللازمة لمقاومة الآفات مع توفير المهندسين الزراعيين •

ويتولى وزير الزراعة والمياه معالى الدكتور/ عبد الرحمن آل الشيخ •

٦ - وزارة الصناعة والكهرباء :

وتأسست عام ١٣٩٦ هـ وتتولى تنفيذ السياسة التصنيعية للدولة، وتشرف هذه الوزارة على قطاع الكهرباء الذى يمكن اعتباره من قطاع الخدمات • يتولى وزير الصناعة والكهرباء الدكتور/ غازى عبد الرحمن القصبى •

٧ - وزارة البترول والثروة المعدنية :

وتأسست عام ١٣٨٠ هـ • وتتولى الأعمال المتصلة بالبترول والطاقة والثروة المعدنية في جوف الأرض أى تتولى الصناعات الاستخراجية • وتتولى أعمال استخراج البترول ثم القيام بالصناعات الناتجة عنه كما تتولى أعمال الصناعات الهيدروكربونية والبتروكيماوية • ويتولى وزير البترول والثروة المعدنية معالي الشيخ / هشام محبى الدين ناظر •

٨ - وزارة الصحة :

تأسست عام ١٣٧١ هـ • وتتولى مسئولية تقديم كافة الخدمات الصحية اللازمة في المملكة للمواطنين وحجاج بيت الله والمعتمرين وذلك ببناء المستشفيات والمصحات لوقاية الموجودين في المملكة من أية أوبئة أو أمراض ويتولى وزير الصحة الدكتور/حسين عبد الرزاق الجزائري •

٩ - وزارة المواصلات :

وقد تأسست عام ١٣٧٢ هـ • وتختص بربط المملكة العربية السعودية داخليا وخارجيا بشبكة من الطرق والإشراف على عمليات النقل الداخلي البرى والمتمثل في السكك الحديدية وشاحنات النقل ونقل الركاب وعمليات النقل الخارجى بواسطة النقل البحرى والشاحنات • ويتولى وزير المواصلات معالي الشيخ/حسين منصورى

١٠ - وزارة المعارف :

وقد تأسست عام ١٣٧٣ هـ • وتتولى كل الشؤون المتعلقة بالتعليم والإرتقاء به ، وتوفير الكفاءات السعودية في كافة المجالات ويتولى (١١ - شريعة)

مهمة التعليم بوجه عام من أول برامج مصلاو الأمية والمدارس المهنية والمدارس الابتدائية والمدارس الثانوية السعودية •
ويتولى وزير المعارف معالي الدكتور/عبد العزيز الحويطر •

١١ - وزارة العمل والشئون الاجتماعية :

تأسست عام ١٣٨٠ هـ وتتولى التدريب المهني للعاملين وكل ما يتعلق بالعمل والعمال والمشاكل التي تنشأ بين العمال وأصحاب الأعمال •

• وتتولى مهام التأمين الاجتماعي •

ويتولى وزير العمل والشئون الاجتماعية معالي الشيخ/ابراهيم العنقري •

١٢ - وزارة التعليم العالي :

وتأسست عام ١٣٩٥ هـ • وتتولى كل ما يتعلق بالنشاطات المتعلقة بسياسة التعليم العالي في المملكة في كافة الجامعات السعودية والمعاهد العليا • كما تشرف على بمئات طلاب الجامعات السعودية الى الخارج للحصول على الدرجات العلمية أو جمع المادة العلمية أو التدريب •

ويتولى وزير التعليم معالي الشيخ/حسن بن عبد الله آل الشيخ

١٣ - وزارة البرق والهاتف :

تأسست عام ١٣٩٥ هـ وتتولى جميع أعمال التليفونات من حيث انشاء السنترالات وصيانتها لتوفير الاتصال بجميع المناطق داخل المملكة وخارجها في العالم الخارجي • بالإضافة الى تركيب التلكسات وأجهزة التلفاز بالعربية والأجنبية في جميع المناطق لتيسير سبل الاتصال الداخلي والخارجي وتتولى أعمال البريد الداخلي والخارجي

ويتولى وزير البرق والبريد والهاتف الدكتور/لطوى درويش
• كمال •

١٤ - وزارة الاشغال العامة والاسكان :

تأسست عام ١٣٨٣ هـ وتتولى مهمة الاشراف على مشاريع
الحكومة المختلفة ، وعلى ادارة سياسة الاسكان العامة التى تقوم
بها الدولة ، وتعمل مسئولية بناء المساكن الشعبية للمواطنين •

ويتولى الوزارة صاحب السمو الملكى الامير متعب بن عبد العزيز

١٥ - وزارة الحج :

وتأسست عام ١٣٨١ هـ وتتولى كافة الشؤون المتعلقة بشئىن
الحج والحجاج والأوقاف •

ويتولى وزير الحج والأوقاف معالى الشيخ/عبد الوهاب
عبد الواسع •

١٦ - وزارة الاعلام :

تأسست عام ١٣٨٢ هـ • وتتولى كافة المهام المتصلة بالاعلام
والاتصال الجماهيرى سواء فى الاذاعة أو التلفزيون أو الصحافة
أو المطبوعات والمكتب والفيديو الخ •

ويتولى وزير الاعلام الدكتور محمد عبده يمانى •

١٧ - وزارة التجارة :

تم تأسيسها عام ١٣٧٣ هـ ويتولى مهام ادارة القطاع التجارى

الداخلي والخارجي في المملكة بهدف تنظيمه وضبط حركته بما ينسجم والعلاقات المملكة الخارجية •

• ويتولى وزير التجارة الدكتور/سليمان العبد العزيز السليم •

١٨ - وزارة الشؤون البلدية والقروية :

أنشأت عام ١٣٧٣ هـ وتتولى الاشراف على أعمال البلديات المختلفة في المملكة ما عدا ما يتعلق بمدينة الرياض التي يختص بها مجلس الوزراء •

• ويتولى وزير الشؤون البلدية والقروية صاحب السمو الملكي الأمير ماجد بن عبد العزيز •

١٩ - وزارة المالية والاقتصاد :

تأسست عام ١٣٥١ هـ وتتولى مهمة إدارة الأموال العامة الخاصة بالدولة سواء بجباية هذه الأموال أو توزيعها ويتولى وزير المالية معالي الشيخ/محمد العلي أبا الخيل •

٢٠ - وزارة التخطيط :

تم تأسيسها عام ١٣٩٥ هـ وتتولى مهام التخطيط الهام في جميع المجالات في المملكة العربية السعودية •

• ويتولى وزير التخطيط بالنيابة حالياً معالي الشيخ / هشام محيي الدين ناظر بالإضافة لعمله كوزير للبتترول والثروة المعدنية •

المبحث الرابع

الهيئات المستقلة التي تخدم على المستوى العام

للمملكة العربية السعودية

أدركت السلطة العامة أن التطور والتعقد والتضخم الذي أصبحت تتميز به وظيفة الدولة المعاصرة • أصبح يفرض على السلطة الادارية « التنفيذية » العامة في الدولة أن تبني أجهزتها التنفيذية المختلفة وأن تمارس وظائفها المتنوعة بالاستناد الى قواعد علمية تضمن لهذه الأجهزة ولتلك الممارسات فعاليتها •

ومن هنا صار من اللازم على السلطة العامة أن تستند الى قواعد الادارة العامة العلمية كمدخل أساسى لانجاز كل ذلك ، سواء تعلقت هذه القواعد بعمليات التخطيط أو التنظيم أو التوظيف أو التمويل أو الرقابة أو التطوير ... الخ من العمليات الفرعية التي تشكل مجموعها ما تسميه بوظائف العملية الادارية العامة •

ولتحقيق ذلك نجد أن : « السلطة العامة تقوم بإنشاء أجهزة متخصصة في هذه العمليات ، لتبرز كأجهزة مساعدة لها وتستند إليها في ممارسة هذه المهام المتمثلة في تطبيق قواعد الادارة العامة في مجال الأجهزة الحكومية المختلفة (١) •

(١) دكتور عبد المعطى محمد عساف : الجوانب التنظيمية لأجهزة الادارة المركزية على مستوى التنظيم الحكومى فى المملكة العربية السعودية - بحث بمجلة العلوم الادارية - السنة الثلاثون - العدد الأول - يونيو ١٩٨٨ - ص ١٦١ •

والأجهزة أو الهيئات المستقلة التي تخدم على المستوى العام للمملكة هي :

- ١ - الديوان العام للخدمة المدنية •
- ٢ - الإدارة المركزية للتنظيم والإدارة •
- ٣ - هيئة الرقابة والتحقيق •
- ٤ - هيئة التأنيب •
- ٥ - ديوان المراقبة العامة •
- ٦ - ديوان المظالم •

الفرع الأول

الديوان العام للخدمة المدنية

تم تأسيس الديوان العام للخدمة المدنية عام ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م
أثر صدور المرسوم الملتي رقم ٤٨ بتاريخ ١٠/٧/١٣٩٧ هـ •

ويتولى ديوان الخدمة المدنية المهام والمسؤوليات الآتية :

(أ) اقتراح الأنظمة واللوائح المتعلقة بشئون الموظفين لامةادارها.
بالمطرق النظامية •

(ب) الاشراف على تنفيذ جميع الأنظمة واللوائح والقرارات المتعلقة بشئون الموظفين وإصدار التعليمات اللازمة •

(ج) ابداء الرأي في المسائل المتعلقة بشئون الموظفين واجراء
الحراسات والبحوث المتعلقة بذلك •

(د) الاعلان عن الوظائف الشاغرة وأجراء الاختبارات والترشيح
للموظائف الشاغرة •

(هـ) تصنيف الوظائف •

(و) دراسة المرواتب والأجور والبدلات والتعويضات والمكافآت
واقترح إعادة النظر فيها •

(ز) دراسة الوظائف المطلوبة لبيان الفئات المناسبة لها وفقاً
لقواعد التصنيف •

(ح) اقتراح السياسة العامة لتدريب الموظفين واقترح الوسائل
التي تؤدي لتنفيذ الأنظمة واللوائح والقرارات المتعلقة بشئون
الموظفين وضبط السجلات الخاصة بالتعيينات والترقيات والنقل وغير
ذلك من الأمور التي تتعلق بإدارة الموظفين •

(ط) فحص تظلمات الموظفين المحالة من الجهات المختصة وإبداء
الرأى فيها •

(ي) الاختصاصات الأخرى التي يسندها الى مجلس الوزراء أو
تسندها اليه الأنظمة واللوائح وقرارات مجلس الخدمة المدنية (٢) •

التنظيم الإدارى لمجلس الخدمة المدنية (٣)

١ - رئيس الديوان العام للخدمة المدنية :

بمرتبة وزير ويتم تعيينه بأمر ملكى ورئيس الديوان هو الذى

(٢) دكتور أحمد الصباب والأستاذ محمد محمد محبوب : شئون

الموظفين - دار المجمع العلمى بجدة ١٩٧٨ م •

(٣) مرسوم ملكى رقم م/٤٨ بتاريخ ١٠/٧/١٣٩٧هـ بنظام مجلس

الخدمة المدنية •

يمثل مجلس الخدمة المدنية مع الجهات المختلفة وعلى رئيس الديوان العام للخدمة المدنية أن يرفع تقريراً كل ستة أشهر إلى مجلس الخدمة المدنية يبين فيه إنجازات الديوان العام للخدمة المدنية وعلى مجلس الخدمة المدنية رفع التقرير إلى رئيس مجلس الوزراء مشفوعاً بدراسة شاملة للمشاكل التي تواجه شؤون الخدمة المدنية .

والرئيس نائب رئيس يحل محله ويشرف على الإدارات المختلفة
عند الإدارة القانونية وإدارة التخطيط .

٢ - الإدارة القانونية :

وهي تتبع رئيس الديوان العام للخدمة المدنية وتختص بما يأتي:

- ١ - إعداد مشروعات الأنظمة (القوانين) المقترحة .
- ٢ - تقديم المشورات فيما يتعلق بالموضوعات القانونية .
- ٣ - تقديم المشورات فيما يتعلق بمعقودات التأمينات للديوان .
- ٤ - تمثيل الديوان في النواحي القانونية .
- ٥ - دراسة وإبداء الرأي في القرارات والقضايا الخاصة بالموظفين والمستخدمين الخاضعين للأنظمة المدنية .

٣ - إدارة التخطيط وتطوير الخدمة :

وتتبع رئيس الديوان وتختص :

- (أ) دراسة الاحتياجات طويلة المدى القوى البشرية العاملة .
- (ب) دراسة الإحصائيات العامة لشؤون الموظفين .

- (ج) سياسة التدريب وبرامجه •
- (د) برامج التقييم •
- (هـ) مواد التقرير السنوى الذى يعد للرئيس •

٤ - إدارة التفتيش والمتابعة :

تعمل تحت الرئاسة المباشرة لنائب رئيس الديوان ويختص بما يلى :

١ - التفتيش المفاجئ لوحدات الديوان للتأكد من الاجراءات وتحديد المخالفات •

٢ - اجراء التحقيقات وفق توجيهات المسؤولين فى الديوان وابلاغ لائنتائج للجهات صاحبة الطلب •

٣ - الاطلاع على مدى تنفيذ ادارات شعبون الموظفين فى الوزارات والمصالح الحكومية مع أنظمة الموظفين والأحكام والتعطيمات وتقديم التقارير اللازمة •

٤ - تمثيل الديوان بالاشتراك مع اللجان التى تدرس مشاكل الموظفين ومشاكل الادارات •

٥ - ادارة علاقات الموظف :

تتبع نائب رئيس الديوان وتختص بما يلى :

- ١ - تقديم النصائح للموظفين لحل مشاكلهم •
- ٢ - تجليل ودراسة المشاكل الخاصة بشئون الموظفين •
- ٣ - تنظيم اجراءات تقديم التظلمات والتعاون مع الوزارات والمصالح الحكومية فى تطبيقها •

٦ - الإدارة العامة للتوظيف والامتحانات :

وتتبع نائب الرئيس وتختص بما يلي :

(أ) إجراء البحوث والدراسات القائمة في الدولة للقوى البشرية
المعاملة •

- (ب) تكوين وحراسة الشروط المتطلبة في شاغلي الوظائف
- (ج) الاعلان عن الوظائف التي يطلب شغلها
- (د) توزيع خريجي الجامعات والمعاهد والناجحين في المسابقات العامة على الأجهزة الحكومية حسب الاحتياج •

٧ - الإدارة العامة للتصنيف :

تتبع نائب الرئيس وتختص بما يلي :

- (أ) تصنيف وظائف الدولة وتحديد مراتبها
- (ب) دراسة الرواتب والأجور والبدلات والتعويضات
- (ج) دراسة المؤهلات المحددة للوظائف
- (د) حراسة الباب الأول من الميزانية فيما يتعلق بالوظائف •

٨ - الإدارة العامة لشئون الموظفين :

وتتبع نائب الرئيس وتختص بما يلي :

- (أ) التحقيق والاعتراض على مخالفات الموظفين
- (ب) حفظ ملفات الموظفين
- (ج) تسجيل مخالفات الموظفين
- (د) عمل بيانات الخدمة لمعوم الموظفين والمستخدمين والتصديق على الخدمة العسكرية •

- (هـ) ابداء الرأى عند التعاقد وتجديد العقد
- (و) الاعداد لاجتماعات ومؤتمرات الموظفين

٩ - الادارة العامة :

يتبع نائب رئيس الديوان وتختص بما يلى :

- ١ - اعداد ميزانية الديوان
- ٢ - تأدية خدمات موظفى الديوان
- ٣ - تنفيذ عمليات المناقصات والمزايدات
- ٤ - تأدية أعمال الاتصالات الادارية والترجمة
- ٥ - الاشراف على أعمال الصيانة والحركة والمستخدمين

هذا : ولجلس الخدمة المدنية فرعان اقليميان بالمنطقتين الشرقية والغربية .

الفرع الثانى

الامارة المركزية للتنظيم والادارة

تتولى الادارة المركزية للتنظيم والادارة تقديم المشورة لوحدات التنظيم والادارة المختلفة . فهى تساعد فى تأسيس وتنظيم وحدات التنظيم والادارة فى الأجهزة الحكومية المختلفة وتمدها بالمساعدة الفنية لزيادة كفاءتها وقدرتها على الأداء ، وتتابع أعمالها وتستخلص النتائج ، كما تساعد الادارة المركزية فى تنمية كفاءة موظفى تلك الوحدات وذلك بعقد دورات تدريبية لهم ، واختيار المراجع العلمية التى تتعلق بطبيعة عمل التنظيم والادارة وللادارة المركزية للتنظيم والادارة دور هام ذو شقين رئيسيين :-

(أ) تقوم بدورها كجهاز مركزي موكل اليه أعمال ومسؤوليات التنظيم في الدولة بوجه عام ولقد حدد هذا الدور القرار الصادر من صاحب السمو وزير المالية والاقتصاد رقم ١/١٨/١٦٢٩ بتاريخ ١٣٨٧/٨/٢٤ هـ .

(ب) تقوم بدورها كأداة متخصصة في التنظيم والادارة لخدمة وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وهذا يقدم نموذجا لأعمال وحدة التنظيم والادارة تحذى حذوة الوزارات الأخرى والادارات الحكومية المختلفة وذلك بموجب قرار وزير المالية والاقتصاد رقم ١/١٨/١٦٣٠ بتاريخ ١٩٨٧/٨/٢٤ م .

اختصاصات الادارة المركزية للتنظيم والادارة نحو جهاز الدولة ككل :

— تطوير الأساليب التنظيمية في الأجهزة الحكومية المختلفة في جميع المستويات ووضع معدلات الأداء المناسبة ونشرها للاسترشاد بها في تنظيم هذه الأجهزة وتحديد حاجاتها من القوى العاملة .

— مراجعة مشروعات إنشاء الأجهزة الجديدة قبل ادراجها في الميزانية ومراجعة إعادة التنظيم أو تعديل اختصاصات الأجهزة القائمة .قبل اعتمادها من السلطة المختصة .

— إعداد وإبداء الرأى في مشروعات الأنظمة والمواضع المتعلقة بالمواضع التنظيمية والادارية ومراجعة الأنظمة القائمة بغرض العمل على تطويرها وتنسيقها عندما يطلب اليها ذلك .

— التعاون مع معهد الادارة العامة في تنسيق وعقد دورات تدريبية خاصة لموظفى التنظيم والادارة العاملين في الوزارات والأجهزة

الحكومية واختيار المراجع العامة التي تتعاق بطبيعة عمل التنظيم والادارة .

— المساعدة في تأسيس وتنظيم وحدات التنظيم والادارة في الأجهزة الحكومية المختلفة والتنسيق بين أعمالها .

— الاشتراك مع الادارة العامة للميزانية بوزارة المالية والاقتصاد في تحليل طلبات أحداث الوظائف الجديدة في الوزارات وأجهزة الدولة الأخرى .

— نشر دليل عن التنظيم والادارة لأجهزة الحكومة .

— متابعة البحوث والقطورات الحديثة في التنظيم والادارة لتحسين العمل وتبسيط الإجراءات .

— تنسيق العمل مع مصلحة الاحصاءات العامة للقيام بالدراسات اللازمة للاستفادة من استعمال الآلات المكتبية الالكترونية في تيسير أعمال الحكومة وضمان وقتها والعمل على تنظيم وتنسيق استخداماتها من قبل الأجهزة الحكومية .

— ابداء اراءى في المشكلات التي تحال للادارة ومعالجتها في ضوء مفاهيم التنظيم والإدارة الحديثة .

الفرع الثالث

هيئة الرقابة والتحقيق

أنشئت هيئة الرقابة والتحقيق بالمرسوم الملكي رقم م/٧ بتاريخ ١٣٩١/٢/١ هـ بناء على قرار مجلس الوزراء المؤقر رقم ١٠٣٣ في ١٣٩٠/٢/٢٨ هـ .

وهيئة الرقابة والتحقيق تختص بالرقابة والتحقيق مع الموظفين مع عدم الاخلال بسلطة الجهة الادارية المعنية في الرقابة وفحص الشكاوى والتحقيق فيها :

- ١ - اجراء الرقابة اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والادارية
- ٢ - فحص الشكاوى التى تحال اليها من الوزراء المختصين أو من أى جهة رسمية مختصة عن المخالفات المالية والادارية •
- ٣ - اجراء التحقيق فى المخالفات المالية والادارية التى تكشف عنها الرقابة وفيما يحال اليها من الوزراء المختصين أو من جهة رسمية مختصة •
- ٤ - متابعة الدعوى التى تحال طبقا لنظام تأديب الموظفين الى هيئة التأديب •

التنظيم الادارى لهيئة الرقابة والتحقيق :

(أولاً) - رئيس هيئة الرقابة والتحقيق :

هو المسئول عن الاشراف على أعمال الهيئة وتنظيم وإدارة وتطوير أعمالها وله سلطة وصلاحيات الوزراء ورؤساء الدوائر المستقلة وله أن ينيب عنه وكلاء الهيئة أو أحدهم فى بعض صلاحياته •
ومن مهام رئيس الهيئة بالاضافة الى سلطاته فى نظام تأديب الموظفين ما يلى :

- ١ - يتم عن طريقه الاتصال بالجهات العليا والوزارات كما يتم عن طريق رئيس الهيئة احالة المعاملات والقضايا الى أجهزة الهيئة المختصة •

٢ - إصدار القرارات والتعليمات اللازمة لترتيب وتنظيم العمل وتحقيق التنسيق بين نشاطات أجهزة الهيئة والأجهزة الحكومية المختصة والإشراف على أعداد خطط وبرامج العمل ومتابعة تنفيذها من قبل جميع العاملين في جهاز الهيئة .

٣ - الإشراف على أعداد مشروع ميزانية الهيئة .

٤ - بحث الشكاوى وإجراء التحريات واتخاذ مايراه في أى مخالفة مالية أو إدارية من أى وحدة من وحدات الإدارة الحكومية أو أية جهة تخضع لرقابة الدولة .

٥ - فحص سجلات ووثائق الوحدات الإدارية كما يجوز له دخول المرافق العامة وتفتيشها .

٦ - طلب استدعاء أى شخص بالحضور لإداء الشهادة أو تقديم وثائق تتعلق بموضوع التحقيق الذى يجريه فان كان موظفاً يكون استدعاؤه عن طريق عمله .

٧ - إنشاء فروع للهيئة متى اقتضت مصلحة العمل ذلك .

(ثانياً) مكاتب تتبع رئيس الهيئة مباشرة :

١ - مكتب رئيس الهيئة : يقوم بالأعمال المعتاد أن يقوم بها مكاتب الوزراء أو رؤساء الإدارات المستقلة .

٢ - مكتب المستشارين : وهو يضم عدداً من المستشارين في مختلف التخصصات ويرأسهم كبير المستشارين .
ويختص مكتب المستشارين بالاختصاصات الآتية : -

(أ) دراسة الموضوعات والقضايا التى من رئيس الهيئة أو أحد الوكلاء وإبداء رأى النظامى فى (القانون) فيها .

- (ب) تقديم المشررة فيما تتطلبه أعمال الهيئة من استشارات •
- (ج) مراجعة القضايا المقترح حفظها •
- (د) معاونة المحققين فيما تد يطالبونه من استشارات •
- (هـ) تمثيل هيئة الرقابة والتحقيق في اللجان والقضايا الهامة •
- (و) اعداد مشروعات التعليمات والقرارات التي يصدرها الرئيس •
- (ز) اعداد قرارات الاحالة الى هيئة التأديب •

٣ - ادارة تسجيل القضايا والتقارير :

وتختص بالآتى :

- (أ) الاحتفاظ بالقضايا المحالة اليها مع تصنيفها وتسجيلها ومتابعة ما يحتاج منها الى اجراءات •
- (ب) قيد القضايا المحالة لهيئة التأديب بالتسلسل الرقمى في سجل القضايا السنوى من واقع قرار الاحالة •
- (ج) تزويد رئيس الهيئة ووكلائها والمستشارين بكل ما يطلب منها •
- (د) اعداد بيانات احصائية عن القضايا المحالة اليها كل سنة شهور •
- (هـ) الاحتفاظ بصورة من كل تقرير أعد من قبل الادارات •

(ثالثا) وكيل الهيئة لشئون الرقابة (الادارية والمالية) :

هو المشرف والمستوفى اعلان أعمال الرقابة وإدارتها ويتولى تنظيم العمل وتوجيهه بواسطة المسؤولين في ادارته وتوجهه اليه المعاملات.

الخاصة بالرقابة لاتخاذ لاناالزام بشأنها • ويرفع التقارير والنتائج الى رئيس الهيئة ويمارس الصلاحيات المفوضة له من رئيس الهيئة كما يختص :

- ١ - بوضع الاجراءات اللازمة لمراعاة السرية التامة في الاعمال التي تتطلب ذلك •
- ٢ - الاشراف على وضع التقارير المسرية والدورية عن موظفي الرقابة الدائمين والمؤقتين •
- ٣ - الاشراف على اعداد وتنظيم السجلات والبطاقات والملفات اللازمة لتنظيم العمل في أقسام جهاز الرقابة •
- ٤ - رفع تقرير حورى كل ستة شهور الى رئيس الهيئة متضمنا نشاطات أقسام جهاز الرقابة وأعماله ومدى ما قد يواجهه من صعوبات والمقترح وسائل التحسين والتطوير •
- ٥ - القيام بالاختصاصات التي يكلفه بهارئيس الهيئة •

'رابعة' ادارة الرقابة الادارية :

ترتبط مباشرة بوكيل الهيئة للرقابة ومع عدم الاخلال باختصاصات مجلس الخدمة المدنية والادارة المركزية للتنظيم والادارة •

تختص ادارة الرقابة الادارية بما يلى :

- ١ - الكشف عن المخالفات الادارية واتخاذ الاجراءات اللازمة بشأنها •
- ٢ - مراقبة تقويض الصلاحيات والمسئوليات وفقا للنظم المعتمدة واللوائح المقررة الصادرة المنظمة لذلك •

- ٣ - الكشف عن المخالفات الناتجة عن التقصير في الرقابة الداخلية في الوحدات الادارية .
- ٤ - اقتراح وسائل لعلاج اللازمة في حالة وقوع حوادث الاهمال أو المخالفات الادارية واحانتها للجهات المختصة .
- ٥ - التعاون مع مجلس الخدمة المدنية في الكشف عن المخالفات الخاصة بشئون الموظفين فيما يتعلق بشرعيتها كالتميين والترقية والعلاوات والمبدلات وما في حكمها .
- ٦ - ابلاغ الجهات المختصة عن أوجه القصور في التنظيم التي تتكشف لها من خلال أعمالها وذلك بالاتصال بالجهات المتخصصة .
- ٧ - التعاون مع ديوان المراقبة العامة عند اكتشافه لمخالفات ادارية أثناء مباشرته لاختصاصاته المالية .
- ٨ - فحص البلاغات والشكاوى المتعلقة بالنواحي الادارية .

(خامسا) ادارة الرقابة المالية :

ترتبط مباشرة بوكيل الهيئة لشئون الرقابة وتختص بالكشف عن المخالفات المالية التي لا تخضع لرقابة الجهات المسؤولة عن الصرف - وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وديوان المراقبة العامة - بحيث لا يكون قيامها بوظيفتها تكرارا لما تقوم به الجهتان ولتحديد الاختصاصات فتقوم الجهات الثلاث بالاتفاق فيما بينها باعداد محضر لهذا الغرض ويرفع الى خادم الحرمين الشريفين رئيس مجلس الوزراء لطلب اقراره

(سادسا) وكيل الهيئة لشئون التحقيق :

وهو المشرف والمسئول عن جهات التحقيق ويتولى تنظيم العمل

وتوجيهه بواسطة المسؤولين في ادارته وتوجه اليه المعاملات الخاصة بالتحقيق لاتخاذ اللازم بشأنها وفقا لنظام تأديب الموظفين ورفع التقارير والمذكرات والقضايا المنتهية منه الى رئيس الهيئة ، وممارسة الاختصاصات المفوضة له من رئيس الهيئة كما أن من مهامه :

كما أن وكيل الهيئة لشئون التحقيق يختص :

١ - الاشراف على اعداد السجلات والملفات الكثيفة بتنظيم العمل .

٢ - رفع التقارير السنوية عن العاملين بجهاز التحقيق .

٣ - رفع تقرير دورى كل ستة شهور الى رئيس الهيئة يتضمن منجزات أقسام جهاز التحقيق وأعماله وما يواجهه من صعوبات مع اقتراح وسائل التطوير .

(سابعاً) تشكيل جهاز التحقيق :

(١) ادارة التحقيق :

وترتبط مباشرة بوكيل الهيئة لشئون التحقيق وتختص بما يلى :

١ - التحقيق فى المخالفات المالية والادارية .

٢ - رفع نتيجة التحقيق لرئيس الهيئة مدعمة بالأسباب التى بنيت عليها الوصية اللائمة .

٣ - تمثيل الهيئة فى لجان التحقيق المشتركة .

٤ - رفع تقرير دورى كل ستة شهور الى رئيس الهيئة متضمناً :
نشاطات ادارة التحقيق بما تواجهه من صعوبات .

(ب) إدارة الادعاء :

- وتختص بدراسة ومباشرة القضايا أمام هيئة التأديب .

(ثامنا) جهاز الادارة العامة برئاسة مدير عام :

ويرتبط المدير العام برئيس الهيئة مباشرة ويتولى الاشراف على الوحدات التابعة له .

وتسيير حقة أمورها وفقا للنظم المالية والادارية وتتبعه الوحدات الآتية :

- ١ - وحدة شئون الموظفين .
- ٢ - وحدة الشؤون المالية .
- ٣ - مكتب الاتصالات .
- ٤ - المستودعات والمشتريات .
- ٥ - الخدمات والاستعلامات .

الفصل الرابع

هيئة التأديب

أنشئت هيئة التأديب بمقتضى نظام تأديب الموظفين (٤) عام ١٣٩١ هـ - كهيئة مستقلة ملحقة برئيس مجلس الوزراء .

(٤) المرسوم الملكي رقم (٧/م) بتاريخ ١٣٩١/٢/١ هـ بالاصادة على نظام تأديب الموظفين .

وتختص هيئة التأديب بالنظر في القضايا التي تحال إليها من
هيئة الرقابة والتحقيق في الحالات الآتية :

- ١ - إذا كانت المخالفة تستوجب الفصل •
- ٢ - إذا ارتكب الموظف مخالفة في جهة غير التي يعمل بها •
- ٣ - إذا ارتكب عدد من الموظفين تابعين لأكثر من جهة حكومية
مخالفة إدارية واحدة أو أكثر من مخالفة ولكنها مخالفات مرتبطة •
- ٤ - إذا كان الموظف قد ترك الخدمة قبل توقيع العقوبة عليه •
- ٥ - يحال المستخدمون المتهمون بارتكاب مخالفات مرتبطة بنفصها
ببعض في هيئة الرقابة والتحقيق إذا كانوا عداد ارتكاب المخالفة أو
المخالفات أو عند اكتشافها تابعين لأكثر من جهة أو كانوا مشتركين مع
موظفين خاضعين لنظام تأديب الموظفين ، فإذا رأت هيئة الرقابة
والتحقيق أن الوقائع تستوجب العقوبة تحيل الدعوى الى هيئة التأديب
تنظر القضايا التأديبية المعروضة على هيئة التأديب بواسطة
مجلس يشكل بقرار من الهيئة ويتكون من : -

• رئيس -

• عضوين -

• وأمين سر •

اجراءات التقاضي امام هيئة التأديب :

- ١ - على رئيس مجلس المخاتمة حال ورود القضية أن يحدد
موعد لتظرها ويتولى المجلس إبلاغ المتهم وهيئة الرقابة والتحقيق بذلك
على أن لا تقل الفترة بين الإبلاغ وتاريخ الجلسة عن عشرة أيام •

٢ - على المتهم أن يحضر جلسات المحاكمة بنفسه وله أن يستعين بمحام وأن يبدى دفاعه كتابة أو شفويا وأن يطلب استدعاء الشهود لسماع أقوالهم .

وإذا لم يحضر المتهم فعلى مجلس المحاكمة أن يمضى فى اجراءات المحاكمة بعد أن يتحقق من أن المتهم قد أبلغ إبلاغا (اعلانا) صحيحا .

٣ - تكون جميع الاعلانات بخطابات رسمية مسجلة ويتم ابلاغ المتهم على العنوان الثابت فى أوراق القضية أو على مقر وتليفته التى يشغلها حسب الأحوال فإذا تعذر ذلك فيعلن بواسطة النشر فى الجريدة الرسمية (أم القرى) .

٤ - لا تصح جلسات المحاكمة الا بحضور جميع أعضائه ومنعوب هيئة الرقابة والتحقيق وتصدر القرارات بأغلبية أصوات أعضاء المجلس .

٥ - للمتهم أو من يوكله حق الاطلاع على أوراق التحقيق بحضور أمين مجلس المحاكمة وله اذن من رئيس المجلس استنساخ صور منها .

٦ - للمتهم وللمندوب هيئة الرقابة والتحقيق أن يطلبوا رد أى عضو من أعضاء مجلس المحاكمة إذا كان هناك سبب يوجب الرد .

وعلى رئيس الهيئة أن يفصل فى هذا الطلب على وجه السرعة .

٧ - إذا رأى رئيس هيئة التأديب أن الأمور المنسوبة الى المتهم تكون جريمة تختص هيئة أخرى بالفصل فيها فعليه أن يعيد الأوراق الى هيئة الرقابة والتحقيق لتحيلها بدورها الى الجهة ذات الاختصاص مع الخطار الجهة التى يتبعها الموظف بذلك .

٨ — في الأحوال التي يتقرر فيها إحالة المتهم الى المحاكمة الجنائية توقف الاجراءات التأديبية بحقه الى أن يصدر حكم نهائي من الجهة المختصة وتعاد الأوراق بعد ذلك الى هيئة الرقابة والتحقيق لتقرير ما يجب •

٩ — على مجلس المحاكمة أن يصدر قراره في القضية بأسرع وقت ممكن ويجب أن يكون القرار مكتوباً ومسبباً وترسل صورة رسمية من القرار الى من صدر في حقه وإلى الجهة التي يتبعها الموظف وديوان الموظفين العام وديوان المراقبة العامة وهيئة الرقابة والتحقيق •

١٠ — قرارات مجلس المحاكمة نهائية باستثناء القرارات الصادرة بفصل موظفي المرتبة الحادية عشر فما فوق أو ما يعادلها فلا تكون نهائية الا بعد التصديق عليها من رئيس مجلس الوزراء •

١١ — يجوز إعادة النظر في القرار التأديبي في الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى : اذا أخطأ القرار في تطبيق النظام (القانون) أو تأويله •

الحالة الثانية : اذا ظهرت وقائع أو مستندات لم تكن معلومة وقت صدور القرار وكان من شأن ثبوتها براءة المتهم •

١٢ — يعرض طلب إعادة النظر على لجنة من رئيس ديوان الخدمة المدنية ورئيس هيئة الرقابة والتحقيق ورئيس هيئة التأديب • فإذا تبين لها جديته يعاد النظر في القرار بعد استئذان رئيس مجلس الوزراء في ذلك •

١٣ — لا يترتب على إعادة النظر في القرار وقف تنفيذه الا اذا قرر المجلس الذي يتولى النظر في القضية ذلك •

١٤ — لهيئة التأديب أن تفسر القرار التأديبي وتصحح ما يقع فيه من أخطاء مادية •

الفرع الخامس

ديوان المراقبة العامة

أنشأ ديوان المراقبة العامة أو ديوان مراقبة حسابات الحكومة عام ١٣٧٣ هـ - بمرسوم ملكي باعتباره شعبة من شعب مجلس الوزراء ثم صدر مرسوم خاص بديوان المراقبة العامة عام ١٣٩١ هـ •

ويختص ديوان المراقبة العامة بما يلي :

- ١ - مراجعة حسابات الدخل والنفقات ضمن كل جزء من الإيرادات المخصصة لكل وزارة أو هيئة حكومية تقوم الدولة بتقديم المساعدات المالية لها كلها أو جزئيا أو تقوم بتقديم حقل للحكومة •
 - ٢ - التأكد من سلامة القيود وصحتها من الناحية الرقمية وكذلك المستندات المتعلقة بكل من القبض والدفع •
 - ٣ - تقديم تقرير سنوي الى رئاسة مجلس الوزراء عن كل سنة مالية في فترة لا تتجاوز بأية حال من الأحوال اليوم الأخير من الشهر التاسع للسنة المالية •
 - ٤ - يقدم تقارير دورية الى مجلس الوزراء يضمها مكتشفاته فيما يتعلق بالمخالفات الصادرة عن الموظفين العاملين في الشؤون المالية يوما. ينجم عن ذلك من سوء استخدام الأموال الحكومية •
- فديوان المراقبة العامة رقابته لاحقة وهذه رقابة علاجية تتناول حسابات الدخل والنفقات في الوزارات والهيئات الحكومية والهيئات التي تقدم لها الحكومة مساعدات مالية (٥) •

(٥) الدكتور صافي امام موسى : الرقابة الادارية في المملكة العربية السعودية بحث بمجلة الادارة العامة التي تصدر عن معهد الادارة العامة بالرياض - العدد ١٩ - يناير ١٩٧٦ - ص ١٠٧ •

ولديوان المراقبة العامة في سبيل ممارسته لاختصاصاته منح عدة بطاقات هي :

١ - ارسال المراقبين والمفتشين والمحاسبين وغيرهم من الموظفين التابعين له الى مختلف الوزارات والهيئات وغيرها من المؤسسات التي تتلقى عوناً أو تحقق إيرادات للدولة ، وذلك بغرض مراجعة حساباتها للتأكد من أنها تسير تبعاً للتعليمات الصادرة لها .

٢ - طلب أية بيانات تتعلق باستلام ودفع الأموال الحكومية التي تعتبر ضرورية لأداء واجباته .

٣ - تحويل الشكاوى الواردة عن المديرين الماليين المقصرين الى هيئة المراقبة والتحقيق وإلى المشرفين المسؤولين عن هؤلاء المديرين .

٤ - اقتراح أفضل الأساليب لمسك الإيرادات والقيود الحسابية .

٥-تنظيم الادارى لديوان المراقبة العامة :

١ - رئيس ديوان المراقبة العامة :

يعين رئيس ديوان المراقبة العامة بأمر ملكي ورئيس ديوان المراقبة العامة يرفع تقاريره الى جلالة الملك خادماً للمرضع الشريفين مباشرة .

٢ - نائب رئيس الديوان :

يعين نائب الديوان بأمر ملكي بناء على عرض رئيس ديوان المراقبة العامة .

٣ - مكتب الخبراء والمستشارين :

٤ - الإدارة العامة للتفتيش :

تتولى عملية فحص ميداني للحفائر والسجلات وكذا جرد النقوش في خزائن هذه الهيئات بالإضافة لفحص سجلات الموظفين •

٥ - مدير عام الديوان :

يرتبط برئيس الديوان مباشرة ويتولى الاشراف على الوحدات التابعة له وتيسير دفة أمورها •

٦ - مكتب التقارير السنوية والحسابات الختامية :

والتقارير على نوعين :

(أ) تقارير مالية •

(ب) تقارير عن سير العمل •

٧ - مكتب مراقبة الإدارة :

ويتفرع عنه :

(أ) الاثارة المالية •

(ب) ادارة شؤون الموظفين •

(ج) الارشيف والملفات •

(د) قسم النسخ والتصوير •

(هـ) المستودع •

(و) المحركة •

٨ - إدارة تعقيق المؤسسات والشركات :

هذا ولذيوان المراقبة العامة فروع في :

- (أ) الحمام
- (ب) مكة المكرمة
- (ج) جدة

الفرع السادس

دور المظالم

منذ تولية جلالة الملك عبد العزيز الحكم في المملكة العربية السعودية وسموه يهتم ببحث مظالم الشعب ورفع أسباب الظلم عنهم ولذا أعلن (٦) :

أن صاحب الجلالة الملك يعلن للناس كافة أن من كان له ظلمة على كائن من كان موظفا أو غيره ، كبيرا أو صغيرا ثم أخفى ظلامته فأثمه على نفسه • وأن من كان له شكايه ، فقد وضع على باب دار الحكومة صندوق للشكاوى مفتاحه لدى جلالة الملك ، فليضع صاحب الشكاية شكايته في ذلك الصندوق ، وليثق الجميع أنه لا يمكن أن يلحق المشتكى أى أذى بسبب شكايته الملحقة من أى موظف كان ويجب أن يراعى في الشكايات ما يلي :

(٦) نشر إعلان صاحب الجلالة المغفور له الملك عبد العزيز بجريدة

الم القرى : العدد الصادر في ٢٦ ذى الحجة ١٣٤٤هـ الموافق ٧ يونيو.

١ — ينبغي تجنب الكذب في الشكاية ، ومن ادعى بدعوى كاذبة
جوزى بكذبه •

٢ — لا تقبل الشكاية المخفلة من الامضاء ومن فعل ذلك عوقب
على عمله •

وليعلم الناس كافة أن باب العدل مفتوح للجميع على السواء
والناس كلهم — صغيرهم وكبيرهم — امامة واحد حتى يبلغ الحق
مستقره •

ومع اتساع المملكة العربية السعودية وتزايد السكان أصبح من
الصعب على جلالة الملك النظر في المظالم بنفسه (٧) لذلك وفي ١٣٧٣هـ
أنشئت شعبة بهيئس الوزراء باسم « شعبة المظالم » حيث ورد الباب
الخامس (من أول نظام لمجلس الوزراء في ١٢ رجب سنة ١٣٧٣ هـ)
بمعنوان « شعب مجلس الوزراء » •

وإنصت على هذه الشعب المادة ٩٩ بقولها : « يشكل مجلس
الوزراء ديوان يتألف من الشعب الآتية :

(أ) الأمانة العامة •

(ب) مراقبة حسابات الدولة •

(ج) خبراء فنيين •

(د) المظالم •

(٧) الزميل الأستاذ لداكتور محمد أنس جعفر : ولاية المظالم في
الاسلام وتطبيقها في المملكة العربية السعودية — دار النهضة العربية
١٩٨٧ ص ٦٨ :

فشعبة المظالم شعبة من شعب مجلس الوزراء ووظيفه هذه الشعبة كان تلقى ما يقدم الى مجلس الوزراء من شكوى وتسجيلها والتحقيق في كل شكوى ، واعداد تقرير عنها يتضمن الاجراء المقترح اتخاذ بشأنها ، ويرفع هذا التقرير لجلالة الملك للتصرف فيه .

ثم أراد جلالة الملك أن يجعل من « شعبة المظالم » التابعة لمجلس الوزراء استقلال ذاتي فأصدر جلالة الملك المرسوم رقم ٨٧٥٩/١٣/٢ المؤرخ في ١٧/٩/١٣٧٤ هـ باصدار نظام « ديوان المظالم في المملكة » ونصت المادة الأولى من هذا النظام على أنه : يشكل ديوان مستقل باسم ديوان المظالم ويقوم بإدارة هذا الديوان رئيس من درجة وزير يعين بمرسوم ملكي وهو مسؤول أمام جلالة الملك ، وجلالته المرجع الأعلى له .

وتحددت اختصاصات ديوان المظالم بما يلي طبق المادة الثانية :

(أ) تسجيل جميع الشكاوي المقدمة اليه .

(ب) التحقيق في كل شكوى تقدم أو تحال اليه واعداد تقرير عنها يتضمن وقائها وما أسفر عنه التحقيق فيها والاجراء الذي يقترح الديوان اتخاذ بشأنها والأسباب التي يقيم عليها الاجراء المقترح .

(ج) ارسال هذا التقرير الى الوزير أو الرئيس المختص مع ارسال صورة منه الى ديوان جلالة الملك وصورة أخرى الى ديوان رئيس الوزراء أو الوزير المختص خلال أسبوعين من استلامه التقرير أن يبلغ الديوان بتنفيذه الاجراء المقترح أو بمعارضته له - وفي هذه

(٨) المادة الثانية من المرسوم الملكي رقم ٨٧٥٩/١٣/٢ المؤرخ في

١٣٧٤/٩/١٧ هـ .

الحالة يتعين ابداء أسباب معارضته وعند ذلك يرفع رئيس الديوان تقريره الى جلالة الملك ليصدر أمره العالى فى الأمر موضوع التقرير ، ولا يجوز للديوان أن يقترح على وزير أو رئيس مختص فرض عقوبة أو اتخاذ اجراء غير منصوص عليه فى النظم القائمة الا بأمر من جلالة الملك — واذا كانت الشكوى موجهة الى وزير أو رئيس مسؤول يرفع رئيس الديوان الأمر الى جلالة الملك ليصدر أمره بما يرى اتخاذ بشأنها •

(د) يكون لرئيس ديوان المظالم ولن ينتدبهم من موظفى الديوان الصلاحيات الكاملة فى البحث والمتعقب فى الوزارات والمصالح فى هذا الشأن واستدعاء الموظفين المسؤولين للتحقيق معهم وعند لزوم الاقتضاء تفتيشهم وتفتيش منازلهم شريطة أن يراعى فى تفتيش المنازل ما قضت به الأنظمة القائمة بالنسبة لحرمة المساكن — وعليه فى كل حالة اخطار الوزير أو الرئيس الذى ينتمون اليه وعلى الجهات الرسمية والأهلية معاونة الديوان فى الاجراءات التى يراها كفالة لظهور الحقيقة وتحديد المسؤولية •

ويختص ديوان المظالم باختصاصات متنوعة ورد بعضها فى المرسوم الملكى الخاص بانشاء الديوان ، وورد البعض الآخر فى مراسيم تتعلق بتنظيم مسائل أخرى (٩) ويقسم الزميل الدكتور محمد أنس قاسم اختصاصات الديوان الى :

(٩) راجع فى الاختصاصات المختلفة مؤلف الزميل الأستاذ الدكتور أنس قاسم جعفر : ولاية المظالم فى الاسلام وتطبيقها فى المملكة العربية السعودية — دار النهضة العربية ١٩٨٧ — ص ٨٦ وما بعدها •

(أولاً) الاختصاصات التى تدخل فى مجال القضاء الإدارى :

نصت المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم على أن يختص ديوان المظالم بالفصل فيما يأتى :

(أ) الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة فى نظم الخدمة المدنية والتقاعد لموظفى ومستخدمى الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم والمستحقين عنهم •

(ب) الدعاوى المقدمة من ذوى الشأن بالطعن فى القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب فى الشكل أو مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة •

ويعتبر فى حكم القرار الإدارى رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح •

(ج) دعاوى التمييز الموجهة من ذوى الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوى الشخصية العامة المستقلة بسبب أفعالها •

(د) الدعاوى المقدمة من ذوى الشأن فى المنازعات المتعلقة بالعقود التى تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها •

(هـ) الدعاوى التأديبية التى ترفع من هيئة الرقابة والتحقيق •

(ثانياً) اختصاصات تدخل فى مجال القضاء الجنائى وهى :

رغم أن المادة الأولى من نظام ديوان المظالم الحالى على أن

الديوان هيئة قضاء إدارى مستقلة إلا أن لديوان المظالم اختصاصات تدخل في مجال القضاء الجنائي وهي :

(أ) تدعى الجزائية الوجهة ضد المتهمين بارتكاب جرائم التزوير (١) •

(ب) الجرائم المنصوص عليها في نظام مكافحة الرشوة وقد تدخلت على الأمر في المملكة العربية السعودية وأصدر مرسوما ملكيا يجرم فيه الرشوة لمرسوم الملكى رقم ١٥ بتاريخ ١٣٨٢/٣/٧ وصدر هذا المرسوم تصديقا لقرار مجلس الوزراء رقم ١٤٤ المؤرخ ١٣٨٢/٢/٢٩ هـ.

(ج) الجرائم المنصوص عليها في المرسوم الملكى رقم ٤٣ بتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٩ هـ •

وهذه الجرائم متنوعة ومتعددة وهي :

(١٠) تدخل جرائم التزوير فى نطاق الجرائم التعزيرية التي يختص أول الامر بوضع العقوبة المناسبة لها • لذلك صدر المرسوم الملكى رقم ١١٤ بتاريخ ١٣٨٠/١١/٢٦ المعدل بالمرسوم الملكى رقم ٥٣ الصادر بتاريخ ١٣٨٢/١١/٥ هـ المتعلق بجرائم التزوير ويسلخ فى نطاق التزوير المعاقبه عليه نظاما :

- جرائم تقليد أو تزوير الاختتام والتوقيعات الخاصة بجلالة الملك.
- أو رئيس مجلس الوزراء أو اختتام الدولة الرسمية •
- جرائم تقليد أو تزوير أحد الاختتام الخاصة بأحدى الدوائر العامة
- جرائم تقليد أو تزوير بعض الأوراق وصناعة أو جباية الإبدوان الخاصة بالتقليد •
- جرائم تزوير المنحدرات •

١ - عدم جواز اشتغال الموظف بالتجارة أو المهن الحرة دون إذن من السلطة المختصة .

٢ - عدم جواز قبول الهدايا والاكراميات من الافراد بقصد الأغراء من أرباب المصالح .

٣ - التحكم في المواطنين والاعتداء على حقوقهم المشروعة .

٤ - التغلب بالانظمة والأوامر والتعليمات ، وبطرق تنفيذها .

٥ - عدم جواز استغلال ابرام العقود الانارية لتحقيق مصلحة شخصية .

٦ - عدم جواز استغلال جهود الأفراد والموظفين بأجور ورواتب صورية أو مفتعلة لفائدة شخصية .

٧ - عدم جواز استعمال المعلومات الرسمية لاستغلال العملة وتحقيق ارتفاع أو هبوط سعر صرفها وتبديلها .

٨ - عدم جواز اساءة المعاملة أو الاكراه باسم الوظيفة كالتعذيب أو القسوة أو سلب الحريات الشخصية .

٩ - عدم جواز دخول المنازل في غير الحالات التي نصت عليها الانظمة المختلفة .

١٠ - عدم جواز الاكراه على الاعارة أو الاجارة أو البيع أو الشراء

١١ - عدم جواز تحصيل ضرائب تزيد على المقادير المستحقة أو المفروضة .

(د) الجرائم المنصوص عليها في نظام مباشرة الاموال العامة :

وردت جرائم الأموال العامة بالمرسوم الملكي رقم ٧٧ الصادر في (١٣ - شريعة)

٢٣/١٠/٩٥٥ والمعدل بالمرسوم الملكي رقم ٥ الصادر في ١٤/٤/١٤٠٠ هـ بشأن نظام وظائف مباشرة الأموال العامة المعقوبات المقررة في حالة الاختلاس أو تبديد هذه الأموال أو التصرف فيها دون وجه حق ، وينطبق هذا النظام على كل من يشغل إحدى الوظائف العامة التي تتعلق بمباشرة حفظ الأموال النقدية والأعيان المتقولة والطوابع والأوراق ذات القيمة كما يطبق هذا النظام على أمناء الصناديق ومأموري المصرف ومحصلي الأموال العامة وأمناء المخازن .

ثالثا - اختصاصات أخرى متفرقة تضمنتها الأئمة المختلفة :

نص نظام ديوان المظالم على اختصاصات أخرى هي :

(١) طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية (م / ٨ / ز) :

الصادرة من محاكم إحدى الدول الأجنبية . ومهمة ديوان المظالم تتلخص في التحقق من صحة الحكم واتباع المحكمة التي أصدرته للإجراءات اللازمة ، وأن الحكم جائز بقوة الأمر المقضى به .

ويلاحظ أن المملكة العربية السعودية وقعت الاتفاقية العربية لتنفيذ الأحكام الأجنبية في ٢٣ مايو ١٩٥٣م وتنفيذا لها صدر قرار مجلس الوزراء السعودي رقم ٢٥١ بتاريخ ٢٨/١٢/١٣٧٩ هـ والذي تضمن النص على أن السلطة المختصة التي ترفع إليها طلبات تنفيذ الأحكام هي « ديوان المظالم » .

وقد حددت المادة ٣٠ من الاتفاقية العربية الحالات التي يتعين فيها رفض الاعتراف بالحكم :

١ - إذا كان الحكم مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أو النظام للعالم أو الآداب العامة .

٢ - إذا كان الحكم غيابيا ، ولم يعلن الخصم المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم باعلانا صحيحا يمكنه الدفاع عن نفسه •

٣ - إذا كان الحكم لم يراع قواعد قانون الدولة المطلوب الاعتراف به والخاصة بالتمثيل القانوني للأشخاص عديمي الأهلية أو ناقصيها •

٤ - وجود حكم سابق حائز لقوة الأمر المقتضى به في نفس الموضوع •

٥ - وجود دعوى منظورة أمام محاكم الدولة المطلوب منها الاعتراف بالحكم عن نفس النزاع •

(ب) الدعاوى التي من اختصاص الديوان بموجب نصوص نظامية خاصة

١ - القضايا المتعلقة بالمقاطعة الاسرائيلية تنفيذا للمرسوم الملكي رقم ٢٨ الصادر في ١٣٨٢/٦/٢٥ هـ بنظام مقاطعة اسرائيل وينظرها هيئة مكونة من رئيس ديوان المظالم أو نائبه ومستشار حقوقى من ديوان المظالم ومستشار حقوقى من مجلس الوزراء لنظر القضايا الناشئة عن مخالفة النظام •

٢ - الدعاوى المتعلقة بقضايا المؤسسات الأجنبية طبقا لنظام استثمار المال الأجنبى الصادر بالمرسوم الملكى رقم ٣٥ بتاريخ ١٣٨٣/٩/١١ هـ حيث تنص المادة ١٢ منه على أنه « على كل منشأة رخص لها بمقتضى هذا النظام ، خالفت أحكامه ينذرها وزير التجارة والصناعة باتباع هذه الأحكام في خلال المدة التى يعينها فإذا لم تستجب المنشأة لهذا الإنذار جاز للوزير بناء على توصية اللجنة المشار إليها في المادة الخامسة سحب الرخصة الممنوحة لها أو تصفيتا على أنه يجوز التظلم الى ديوان المظالم من قرار سحب الرخصة أو التصفية في مدة شهر

وأحد من تاريخ صدوره ويكون حكم ديوان المظالم في هذا الشأن باتاً ونهائياً .

٣ - بحث تظلمات الأشخاص الذين تقرر منعهم من التعامل مع الهيئات العامة ذلك تطبيقاً للمرسوم الملكي رقم م/٦ بتاريخ ٢٤ صفر ١٣٨٦ هـ .

٤ - النظر في طلبات التعويض المقدمة من المقاولين مع الجيئات الحكومية والتي يستند فيها المقاولون على حدوث تقصير من الجهة الحكومية ينتج عنه إلحاق خسارة أو ضرر بالمقاول وذلك تطبيقاً لقرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ لعام ١٣٩٦ هـ الذي يقضى بأن يوكل النظر في هذه القضايا إلى ديوان المظالم وتكون قراراته نهائية بعد اعتمادها من رئيس الديوان .

٥ - النظر في المنازعات التجارية التي كانت تختص بها هيئات حسم المنازعات التجارية . صدر مرسوم ملكي في ٢٩ شوال ١٤٠٧ بالغاً المادة ٢٣٢ من نظام الشركات الصادرة بالمرسوم رقم م - ٦ بتاريخ ٢٢/٣/١٣٨٥ هـ ونقل اختصاص هيئات حسم المنازعات التجارية المنصوص عليها في النظم والقرارات بما فيها المنازعات المتفرعة عن تطبيق نظام الشركات وتوقيع العقوبات المنصوص عليها فيه ابتداءً من بداية السنة المالية ١٤٠٨/١٤٠٩ هـ إلى ديوان المظالم كما تضمن المرسوم الصادر في ٢٩ شوال ١٤٠٧ هـ ضرورة إحالة دفاتر الهيئات وسجلاتها والملفات التي بخوزة هيئات حسم المنازعات التجارية إلى ديوان المظالم .

وعلى هذا أصبح ديوان المظالم هو صاحب الاختصاص العام في المنازعات التجارية ابتداءً من السنة المالية ١٤٠٨ - ١٤٠٩ هـ .

٦ - الاشتراك في العديد من اللجان والمجالس منها :
 (أ) الاشتراك في التحقيق مع العاملين بسلك التدريس تطبيقاً
 لقرار مجلس الوزراء رقم ٢٣٣ بتاريخ ٢٥/٥/١٣٧٧ •

(ب) اشتراك في مجالس التأديب الخاصة بمحاكمة ضباط الأمن
 الداخلي برتبة لواء أو فريق تطبيقاً لنص المادة ١٣٢ من نظام قوات
 الأمن الداخلي الصادرة بالمرسوم الملكي رقم ٣٠ بتاريخ ٤/١٢/١٣٨٤ هـ

(ج) الاشتراك في اللجنة الثلاثية التي تختص بالنظر في التحقيق
 في الشكاوى التي تقدم ضد الموظفين المختصين بتطبيق قانون العمل
 السعودي بسبب وظيقتهم •

(د) الاشتراك في اللجان الخاصة بمحاسبة الموظفين عن مصادر
 ثرواتهم وشروات أسرهم تنفيذاً للمرسوم الملكي رقم ١٦ بتاريخ
 ٣/٧/١٣٨٢ هـ •

— هذا ويجب على رئيس ديوان المظالم أن يرفع الى جلالة الملك
 كل ستة أشهر تقريراً مفصلاً عن أعمال الديوان خلال هذه المدة متضمناً
 ما أسفرت عنه التحقيقات من مسؤوليات على الجهات الحكومية المختلفة
 وموظفيها وما يقترحه الديوان من اجراءات كفيلة بتقويم أموره •
 ويرسل الديوان صورة من هذا التقرير الى رئيس مجلس الوزراء •
 والزم المرسوم الملكي رقم ١٣/٢/١٣٨٩ المؤرخ في ١٧/٩/١٣٧٤ هـ
 بإصدار نظام ديوان المظالم بأنه يجب على رئيس ديوان المظالم اثناء
 سجال عام للمظالم ترصد فيه البيانات الآتية :

- (أ) التاريخ الذي ترد فيه الشكاوى •
- (ب) النتيجة التي انتهى اليها الحيوان •
- (ج) تاريخ الكتاب المرسل به تقرير الحيوان الى الوزير أو الرئيس
 المختص •

- (د) تاريخ الكتاب المرفوع به التقرير النهائي الى جلالة الملك .
 (هـ) الأمر جلالة الملك في الشكوى .

التنظيم الإداري لديوان المظالم

- المركز الرئيسى لديوان المظالم : هو في مدينة الرياض .
- ويوجد فرع لديوان المظالم : في مدينة جدة .
- ويجوز إنشاء فروع أخرى له في أنحاء المملكة حسب اللزوم .
- ويتألف ديوان المظالم من :

(أ) رئيس ديوان المظالم : وهو المشرف الأعلى على أعمال الديوان . وهو المرجع فيما يصدر منه الى مختلف الوزارات والمصالح والجهات الأخرى وكل ما يصدر من مكاتبات تكون بتوقيعه أو من ينييه وهو الذى يوزع الأعمال على موظفيه كل ضمن اختصاصه الخصوص عليه في النظام الداخلى لديوان المظالم .

(ب) نائب الرئيس (وكيل الديوان حالياً) : نائب الرئيس يعاون الرئيس في إدارة ديوان المظالم في حدود الصلاحيات المخولة له في المرسوم الملكى الصادر بتعيينه وينوب عن الرئيس ويقوم بجميع صلاحياته عند غيابه . ويساعده في الأعمال التى يكلفه بها ويتراأس لجنة تحقيق القضايا .

(ج) مدير عام الديوان : يشرف على أعمال ديوان المظالم الادارية والجسابية وعلى مراسلاته مع الوزارت والدوائر الأخرى ويوزع الأعمال تحت اشراف الرئيس على المحققين بطريقة تكفل تحقيق المصلحة العامة .

ويراقب أمناء السر والكتاب والمستخدمين ويوزع الأعمال بينهم بمعرفة نائب الرئيس (وكيل الديوان حاليا) ويشرف على كل ما يمتلكه الديوان •

(د) المستشارون (مستشار شرعى + مستشار قانونى) المستشارون الشرعيون والمستشارون القانونيون بالأعمال التى يكلف كل منهم بها الرئيس •

ويجيب المستشار على الاستيضاح الذى يوجه اليه من قبل الرئيس أو نائبه ويساعد المحققين فى الأمور العلمية والفنية الداخلة فى تخصصه ويكون كل منهم عضوا فى لجنة تدقيق القضايا •

(هـ) المحققين (الشرعيين والقانونيين والماليين والفنيين •• وغيرهم بحسب اللزوم) •

يتولى كل محقق بالتحقيق فى القضايا التى تحال اليه فى حدود الصلاحيات المنصوص عنها فى نظام الديوان الأساسى وفى النظام الداخلى للديوان داخل الديوان فقط أما خارجه فلا بد من أخذ تحويل من الرئيس أو نائبه (وكيله) - وبعد أن ينهى تحقيقاته وينظم تقريره ويبين ما يقترحه من تدابير فى نطاق ما هو منصوص عليه فى نظام الديوان الأساسى وفى هذا النظام ويقدمه بواسطة الادارة الى لجنة تدقيق القضايا •

(و) أمناء السر والكتاب : يقوم كل منهم بحسب اختصاصه - بالأعمال الكتابية وتسجيل الشكاوى بسجلاته المخصصة وتهيئة الرسائل وحفظ صورها وكذلك يتلقى كل منهم بحسب اختصاصه ما يرد الى الديوان من رسائل وخلافها بتسجيلها حسب الأصول ويقوم كل منهم بكل ما يكلف به من أعمال عن طريق مدير عام ديوان المظالم •

(ز) لجنة تدقيق القضايا : تتألف هذه اللجنة من نائب الرئيس رئيسا ومن كل من المستشار الشرعي والمستشار القانوني عضوا بالإضافة الى من يرى انتدابه من المحققين للعضوية عند اللزوم ومن أمين السر للقيام بأعمال الكتابة فيه .

وتبحث لجنة تدقيق القضايا في تقارير المحققين بعد دراستها -
 ختوافق على ما جاء منها عادلا وموافقا للأصول الفرعية وتقدمه بتقرير
 منها الى رئيس الديوان لاجراء الايجاب وتعيد ما ترى أن التحقيق
 فيه ناقصا الى المحقق نفسه لإكماله حسبما يترأى لها - وأما اذا
 رأت أن ما استنتجه المحقق من التحقيق الذي أجراه لم يكن صائبا
 أو مخالفا للأصول المرعية لا تنقيد به وأن تضمن تقريرها الذي سترفعه
 الى الرئيس ما تراه محققا للعدل وموافقا للأصول ولها أن تدعو المحقق
 للاستيضاح منه عن بعض الأمور التي ترى لزوما لإيضاحها ويكون
 قرارها بالاجماع أو بالأكثرية وعلى المخالف أن يوضح مخالفته (الرأى
 المخالف لرأى الأكثرية) في ذيل التقرير (١١) .

دكتور فتوح محمد عثمان

مِنْ مَبَرَّاتِ عِزْلِ الْقَاضِي

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الدكتور سيد عبد الرحمن محمد الشقيري

مدرس قانون المرافعات بالكلية

الحمد لله الذي لا معقب لحكمه ولا راد لقضائه ، والصلاة
والسلام على سيد المرسلين وخاتم الأنبياء وعلى آله وصحبه أجمعين .
وبعد :

فعلى الرغم من ضعف المستوى الذي أعانى منه ، وقلة بضاعتي
التي أنزل بها ساحة المعرفة ، وقلة اطلاعي وشتات أفكارى ، جال في
خاطري وبدت لى رغبة أن أشارك زملائي أعضاء هيئة التدريس بكلية
الشريعة والقانون بأسبوط في اصدار مجلة الكلية العلمية في عددها
الثامن ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م .

وقد استعنت بالله ، وكثيت بحثى هذا في بعض المبررات التي
قدّعو الى عزل القاضي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مع
إشارة موجزة لمعنى العزل ودليل مشروعيته ، محاولة منى في إبراز
بعض ما تضمنته كنوز شريعتنا الغراء ، ومدى اهتمام فقهاء الشريعة
الإسلامية بالشخص الذي يتولى فصل المنازعات بين الناس .

وابعاد أى قاض من هذه الولاية تحوّم حوله شائبة من الشوائب
التي تطعن في صلاحيته الكاملة وأهليته المطلوبة لهذا المنصب الجليل .
حسبى في ذلك كله قوله - تعالى - : « ومن يتوكل على الله فهو حسبه
إن الله بالغ أمره » (١) .

فان كنت قد وفقت في هذا العمل ، فالفضل لله أولا وأخيراً ، وان
كانت الأخرى فذلك جزاء ما قدمت يدائ طالباً من الله العفو والسماح •
والله الموفق •

خطة البحث :

قسمت بحثي هذا الى بحثين :

— البحث الأول : معنى العزل وحليل مشروعيته في الفقه والقانون
وقسمت هذا البحث الى مطلبين :

— المطلب الأول : معنى العزل في اللغة والاصطلاح •

— المطلب الثاني : تحليل مشروعية العزل •

— البحث الثاني : بعض المبررات التي تدعو الى عزل القاضي
في الفقه والقانون •

وهذا البحث أوردته في أربعة مطالب كما يلي :

— المطلب الأول : فسق القاضي وإخلاله بواجبات وظيفته كمبرر
لعزله •

— المطلب الثاني : مرض القاضي أو عجزه كمبرر لعزله •

— المطلب الثالث : عزل الامام للقاضي وعدم كفاءته كمبرر لعزله •

— المطلب الرابع : عزل القاضي لنفسه أو استقالته بإرادته
كمبرر لعزله •

— نتائج البحث : وتضمنت أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه
الاسلامي وقواعد القانون الوضعي •
المراجع •

المبحث الأول

معنى العزل ودليل مشروعيته في الفقه الاسلامي

المطلب الأول

معنى العزل

أولاً : العزل في اللغة :

العزل في اللغة معناه صرف الماء عن المرأة حذراً عن الحمل (١) ،
ومنه عزل الشيء يعزله عزلاً ، وعزله فاعتزل وانعزل ، وتعزل : نحاه
جانبا فتحتى ، ومنه عزله عن العمل أى نحاه فعزل (٢) .

وقيل العزل معناه البعد ، وقيل معناه : المتبعية والافراز ، وقال
الأزهري : العزل عزل الرجل الماء عن جاريته اذا جامعها لئلا تتحمل (٣)
وقيل معناه : الاخراج ، ومنه عزلت النائب كالوكيل اذا أخرجته
عما كان له من الحكم فعزل (٤) .

(١) التعريفات للفاضل علي بن محمد الشريف الجرجاني ص ١٥٥
مطبعة ساحة الرياض ، لبنان - ١٩٨٥م .

(٢) لسان العرب لابن منظور ج ٤ ص ٢٩٣٠ وما بعدها - طبعه
دار المعارف . ومع القاموس المحيط ج ٤ / ص ١٥ الحلبي للفيروزآبادي
(٣) تاج العروس من جواهر القاموس للسيد محب الدين محمد
مرتضى الحسيني الزبيدي ج ٨ ص ١٤٠ - طبع المطبعة الخيرية بالجمالية
١٣٠٦هـ .

(٤) المصباح المنير للفيومي ج ٢ ص ٤٠٨ المطبعة العلمية - بيروت
- لبنان .

ثانيا : العزل في الاصطلاح :

أهم أثر فيها اطلعت عليه من كتب فقهية حديثة أو قديمة على تعريف لعزل القاضى من ولاية القضاء ، ولكن تأسيسا بما جاء بالمعنى اللغوى قد قمت بوضع تعريف له مؤداه :

عزل القاضى معناه : ابعاد القاضى من ولاية القضاء بعد أن كان متواليا لها ، لمبرر يقتضى ذلك •
شرح التعريف :

معنى العزل أى الإبعاد أو البعد ، من القيام بهذه المهمة بعد أن كان متمكنا منها ، ومنه قوله — تعالى — : « انهم عن السمع لمعزولون » (٥) أى ممنوعون بعد أن كانوا يمكنون من ذلك •

وقولنا « بعد أن كان متواليا لها » دليل على أنه كان أهلا لها قبل الابعاد ، ثم زالت هذه الأهلية بابعاده ، وأنه لا عزل الا بعد ممارسة وتول •

فاذا لم يمارسها بالفعل ، فلا يعد ابعاده عزلا ، لأنه لم يقترب حتى يبتعد •

وقولنا « لمبرر يقتضى ذلك » فهذا دليل على أن العزل لا يكون الا لسبب يقتضيه والا كان تعسفا وجورا ، وفي هذا المعنى يذكر الامام الحلبي — رضى الله عنه — الولاية متى استقرت شرعا فلا تبزول تشهيا (١) ، أى بدون مبرر •

(٥) سورة الشفراء الآية ٢١٢ •

(٦) شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للعلامة ج ٤ ص ٧١
طبعة دار الاضواء طبعة ثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م - تحقيق عبد الحسين محمد علي •

والمبرر هو سبب الغزل ، سواء كان المبرر راجعا الى فعل
القاضي نفسه ، كعزلة بارأته أو فسقه ، أو كان المبرر بسبب لا دخل
له فيه ، كالمرض والعجز •

” المطلب الثاني ”

دليل مشروعية العزل في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

أولا - في الفقه الاسلامي :

استدل فقهاء الشريعة الاسلامية على مشروعية عزل القاضي ،
اذا كان هناك مبرر لعزله بالآتي :

(أ) فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - حينما عزل الامام
عليا - كرم الله وجهه - من قضاء اليمن في حجة الوداع (٧) •

(ب) الأثر المروي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه
قال : لأعزلن أبا مريم وأولين رجلا اذا رآه الفاجر شره ، فعزله عن
قضاء البصرة ، وولى كعب بن سور مكانه (٨) •

وعزل عمر شرجبيل فقال : أعن سخط يا أمير المؤمنين • فقال :
لا ، ولكن وجدت من هو أقوى منك ، قال : ان عزلك لي عيب فأخبر
الناس بعذري ففعل (٩) •

(٧) المحل لابن حزم ج ٩ ص ٤٣٦ •

(٨) استقلال السلطة القضائية - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية

حقوق عين شمس من يسن عمر يوسف - ص ٣٧٦ في سنة ١٩٨٤م •

(٩) بلغة السالك لأقرب المسالك للضاوي ج ٢ ص ٣١٠ - المكتبة

التجارية • - شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٧ ص ١٣١ مطبعة

محمد أفندي بصر •

ومن لم يعزله عمر عزله عثمان بعده (١٠) •

(ج) وقد عزل الامام على - كرم الله وجهه - أبا الأسود ، فقال:
لم عزلتني وما خبت وما جنيت • فقال : انى رأيك كلامك يطلو على
كلام الخصمين (١١) •

وكذلك ما روى عن مسلم بن مخلد أنه عزل سليم بن عتر قاضى
مصر (١٢) •

فهذه الوقائع والآثار تدل على مشروعية عزل القاضى ، اذا ماكان
هناك مبرر لعزله تحقيقا لمصلحة المسلمين ، ومنفعتهم •

ثانيا - فى القانون الوضعى :

تعدلت النصوص التى أوردها المشرع الوضعى ، فى قانون
السلطة القضائية التى تبرر عزل القاضى اذا كان هناك مبرر لعزله •

من هذه النصوص :

م ٦٩ سلطة قضائية ونصها « ... لا يجوز أن يبقى فى وظيفة
القضاء أو يعين فيها من جاوز عمره ستين سنة ميلادية » •

م ٧٠/٢ تعتبر استقالة القاضى مقبولة من تاريخ تقديمها لوزير
العدل ، اذا كانت غير مقرنة بقرينة أو معلقة على شرط » •

(١٠) مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء وتقيد به - دكتوراه مقدمة
لحقوق القاهرة من عبد العزيز القاسم ص ١٣٥ •

(١١) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ تحقيق / محمد سالم
محيسن وشعبان محمد اسماعيل - نشر مكتبة الكليات الأزهرية •

(١٢) مدى حق ولى الأمر - الرسالة السابقة د. عبد الرحمن
عبد العزيز القاسم ص ١٣٦ •

م ٧٢ « لا يجوز للقاضي القيام بأى عمل تجارى ، كما لا يجوز له القيام بأى عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته » •

م ٩١ ونصها « اذا لم يستطع القاضي بسبب مرضه ، مباشرة عمله بعد انقضاء الأجازات المقررة فى المادة السابقة ، أو ظهر فى أى وقت أنه لا يستطيع لأسباب صحية القيام بوظيفته على الوجه اللائق فإنه يحال الى المعاش بقرار جمهورى ••• » •

م ١١١ « اذا ظهر فى أى وقت أن القاضي فقد أسباب الصلاحية لملاية القضاء لغير الأسباب الصحية يرفع طلب الاحالة الى المعاش أو النقل الى وظيفة أخرى غير قضائية من وزير العدل ••• » (١٣) •

فهذه النصوص التشريعية الواردة فى القانون تقرر عزل القاضي باحالاته للمعاش أو نقله الى وظيفة أخرى غير قضائية ، اذا ما توافر فى حقه مبرر من المبررات المنصوص عليها والتي يفقد بسببها أهليته لمباشرة هذه الوظيفة •

(١٣) نصوص المواد ٦٩ ، ٧٠ ، ٧٢ ، ٩١ ، ١١١ من تشريعات السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م •

” البحث الثاني ”

دبررات عزل القاضى فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

” المطلب الاول ”

فسيق القاضى واخلاقه بواجبات وظيفته كمبرر

أعزلة فى الفقه والقانون

اولا - فى الفقه الاسلامى :

ضابط الفسق :

عرف بعض الفقهاء الفسق المانع من تولية القضاء بأنه : الفسق المتمثل فى ارتكاب المحرمات المتفق عليها ، أو التى يعتمدها المكلف حراما ، ويرتكبها تتبعاً لشهوات نفسه •

ينهم من هذا التعريف ، أن الفسق يناهى العدالة ، فإذا تحقق الفسق انتفت العدالة التى يجب أن يتحلّى بها القاضى ، فى ممارسته لوظيفة القضاء بين الناس ، الأمر الذى حدا بفقهاء الشريعة الاسلامية ، الى القول بضرورة عزل القاضى اذا ولى مستكملاً لصفة العدالة ، ثم زالت عنه هذه الصفة أثناء الولاية بالاتفاق •

ومع ذلك اختلف الفقهاء فيما بينهم فى كيفية عزل القاضى بالفسق • هل يعزل بنفس الفسق أى بمجرد ظهوره على القاضى ؟ أو أنه يستحق العزل ، ولكن لا يتم العزل الا بصحور القرار ممن له الحق فى عزله ؟ رأيان :

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم من ٧٢ - تحقيق محمد مصطفى

الزحيلي - طبعة دار الفكر •

الرأى الأول :

يرى أنصاره أن القاضى إذا طرأ عليه الفسق ، يستحق العزل ، لكنه لا يعزل الا بصحور قرار العزل من الامام الذى يتمتع بهذا الحق ، استنادا الى أن :لحاكم الأعلى له حق التولية وله حق العزل ، باعتباره صاحب العقد ، وصاحب الحل (٢) •

وقد أورد الفقهاء من أنصار هذا الرأى العديد من النصوص المقيدة لذلك ، من هذه النصوص :

جاء في فقه المالكية :

« لا ينعزل القاضى بالفسق حتى يعزله السلطان وأحكامه نافذة » (٣) •

« ويعزله الامام بالفسق لزوال وصفه » (٤) •

- (٢) أهلية القاضى ونزاهته فى الفقه الاسلامى د• عبد الرحمن عبد القادر ص ٨١ مذكرات على الاستئسل •
- دزر الفواص فى محاضرة الخواص لابن فرحون ص ٢٩٤ تحقيق محمد أبو الألفان وعثمان بطيخ — طبع المطبعة العتيقة بتونس •
- فتح الوهاب للأنصارى ج ٢ ص ٢٠٨ •
- نهاية المحتاج للمرئى ج ٨ ص ٢٥٤ •
- بلفه السالك ج ٢ ص ٤٠٤ •
- درر الحكام شرح غرر الأحكام لملاخسرو — ج ٢ ص ٤٠٤ •
- حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٣ •
- فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٢٥٤ •
- (٣) درة الخواص فى محاضرة الخواص — ص ٢٩٤ •
- (٤) بلفه السالك ج ٢ ص ٣٠٦ •

(١٤ — شريعة)

في الفقه الشافعي :

« اختلف الأصحاب اذا فسق هل ينزل بنفس الفسق أم لا ؟
 وجهان (٥) »

• « وفي عزله بالفسق وجهان والعزل أرجح » (٦) •

في الفقه الحنفي :

« وان كان عدلا ففسق بأخذ رشوة يستحق العزل لوجود سبب
الاستحقاق » (٧) •

• وسبب العزل عدم ائتمان الناس على حقوق الناس •

• « ولو كان عدلا ففسق بأخذ رشوة استحق العزل » (٨) •

وجاء في البدائع « اختلف فقهاء الحنفية في عزل القاضي بالفسق
بأخذ الرشوة مثلا ، فذهب بعضهم الى القول بأنه لا ينزل ، لكنه
يستحق العزل » (٩) •

الرواي الثاني :

القاضي اذا ولى القضاء متمتعا بصفة العدالة ، ثم طرأ عليه

(٥) أدب القضاء لابن أبي الدم - تحقيق الزحيلي ص ٧٣ •

(٦) نهاية المحتاج للمرمل ج ٨ ص ٤٤٥ •

- روضة الطالبين للنووي - ص ١٢٦ •

(٧) درر الحكام شرح غرر الأحكام - ج ٢ ص ٤٠٤ •

(٨) حاشية ابن عابدين - ج ٥ ص ٣٦٣ •

- شرح فتح القدير - ج ٧ ص ٢٥٤ •

(٩) بدائع - ج ٧ ص ١٦ ، الاختيار لتعليل المختار للبوصلي

ج ٢ ص ١١٣ •

الفسق ينزل بمجرد ظهور الفسق عليه ، دون انتظار لصدور قرار بالعزل من الامام .

وهذا ما رآه بعض المالكية (١٠) في الاتجاه الثاني — والرأي الثاني لبعض الحنفية (١١) والمراجع عند الشافعية (١٢) ، وبعض الامامية (١٣) ، وبعض الزيدية (١٤) ، والحنابلة (١٥) .

وقد احتج أنصار هذا الرأي بأن القاضي اذا فسق بعد أن كان عدلا ، يكون قد فقد شرط التولية الذي ولى على أساسه ، وبذلك تزول أهليته للقضاء ، وبزوالها تزول صفة القاضي ، دون حاجة الى صدور قرار بزوالها (١٦) .

وقد أورد أنصار هذا الرأي العديد من النصوص المؤيدة لرأيهم، من هذه النصوص :

في الفقه المالكي :

جاء في تبصرة الحكام « اذا ظهر عليه الفسق بعد ولايته انفسخ عقده وولايته » (١٧) .

(١٠) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨ .

(١١) درر الحكام — ج ٢ ص ٣٠٤ ، شرح فتح القدير ج ٧ ص ٢٥٤

(١٢) أدب القضاء — السابق — ص ٧٣ ، فتح الوهاب ج ٢ ص ٢٠٨

— فتح المين — ص ١٣٩ .

(١٣) شرائع الاسلام للحلي ج ٤ ص ٧٠ ، ٧١ .

(١٤) عيون الاذهار في فقه الأئمة الاطهار لابن المرتضى ص ٤٧١ .

(١٥) المغني ج ٩ ص ١٠٤ ، منتهى الإرادات ج ٢ ص ٥٧٧ .

(١٦) أهلية القاضي ونزاعته — ص ٨٢ د . عبد الرحمن عبدالقادر

(١٧) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨ .

في آفته الحنفى :

جاء فى شرح فتح القدير « اذا ولى عدلا ثم فسق انعزل ، لأن عدالته فى معنى المشروطة فى ولايته ، لأنه حين ولاء اعتمد عدالته ، فكانت ولايته مقيدة بعدالته فقتول بزوالها » (١٨) •

وجاء فى البدائع « أن الامام بعد عزله للقاضى الفاسق يعززه ، لأن الذى ولاء ما رضى به الا عدلا » (١٩) •

وجاء فى الروضة « ينعزل اذا فسق وخرج عن الصفة التى يصلح بها أن يكون قاضيا » (٢٠) •

فى آفته الشافعى :

جاء فى حاشية البيجرمى مانصه « وينعزل القاضى بالفسق » (٢١) •
وجاء فى أدب القضاء « اختلف الأصحاب فى القاضى اذا فسق ، هل يعزل بنفس الفسق أم لا ؟

وجهان أحدهما ينعزل بمجرد فسقه ، ولم ينفذ حكمه — أيضا — ، ويحرم عليه والحالة هذه أن ينصب نفسه للحكم ، ويحكم بين اثنين ، ويجب رفع حاله السيئة الى ولى الأمر ليولى على المسلمين عدلا غيره » (٢٢) •

(١٨) شرح فتح القدير على الهداية — ج ٧ ص ٢٥٤ •

(١٩) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦ ، معه الاختيار لتعليل المختار

ج ٢ ص ١١٣ •

(٢٠) روضة القضاء للسمنانى — تحقيق صلاح الناهى ج ١/١٤٨

(٢١) حاشية البيجرمى ج ٤ ص ٣٧٤ •

(٢٢) أدب القضاء لابن أبى النعمان للزحيل ص ٧٣ •

وفي الروضة « العزل بالفسق وجهان وقال الشافعي يعزل » (٢٣)
وجاء في فتح الوهاب « وينعزل بمجرد الفسق لوجود المنافي » (٢٤) •

وفي فتح المعين « وينعزل بالفسق ولو لم يعلم توليه بنفسه
الأصلي أو الزائد على ما كان عليه حال توليته ، ولو زالت هذه
الاحوال لم تعد الولاية » (٢٥) •

وفي الفقه الحنبلي :

جاء في المغنى « اذا تغيرت حال القاضى بفسق أو زوال عقل...
فانه يعزل بذلك » (٢٦) •

وجاء في منتهى الارادات « وما يمنع التولية يمنع حوامها » (٢٧)

الفقه الزيدى :

جاء في عيون الأذهار « وينعزل بالجور وظهور الارتشاء » (٢٨)

في فقه الاهامية :

جاء في شرائع الاسلام « اذا حدث بالقاضى ما يمنع الاعتقاد ،

(٢٣) روضة الصالحين وعمدة المفتين ص ١٢٦ •

(٢٤) فتح الوهاب للأصصارى ج ٢ ص ٢٠٨ ، ومثله فى مفتى

المحتاج ج ٤ ص ٣٨١ •

(٢٥) فتح المعين للمليبارى ص ١٣٩ •

(٢٦) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ •

(٢٧) منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٧ •

(٢٨) عيون الأذهار فى فقه الأئمة الأطهار لأحمد بن يحيى المرتضى

تعليق الشيخ صادق موسى ص ٤٧١ - طبعة دار الكتب - لبنان •

انعزل وان لم يشهد الامام بعزله كالجنون والفسق ، ولو حكم لم
ينفذ حكمه » (٢٩) •

فهذه النصوص تفيد أن القاضي إذا فسق انعزل بمجرد الفسق ،
دون انتظار لصحور حكم من الامام بعزله •

الرأى الراجح :

ويترجح في نظرنا الرأى الأول القائل بأن القاضي إذا فسق
يعزل ، ولكن هذا العزل لا يتم الا بصحور قرار من القاضي ، الذى
ولاه ، حتى لا تتعطل الأحكام ، وتتوقف مصالح الناس ، ازاء عزله
القاضى ، وقبل تعيين غيره ، فقد لا يوجد البديل وقت العزل وأضاف
لذلك البعض قائلاً : ان كل ما يحتاج الى قرار فى الثبوت ، يحتاج الى
قرار فى العزل (٣٠) •

مع العلم بأن ثبوت الفسق على القاضي ، أمر يحتاج الى التحقق
منه واتصافه به ، ولا يكون ذلك الا بالنظر فى أمر القاضي ، وتتبع
سيره وأحواله ، من جانب الامام ، وذلك حرصاً وضماناً لحصانة
القاضى ، مما قد يسارع اليه بعض الأفراد من اتهامه بالفسق حتى
يرتب عليه بطلان ما أصدره من أحكام ضده (٣١) •

(٢٩) شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للامام الحلى -

ج ٤ ص ٧٠ وما بعدها ، تعليق عبد الصنين محمد على •

(٣٠) أهلية القاضي ونزاهته فى الشريعة الاسلامية د • عبد الرحمن

عبد القادر ص ٨٢ وما بعدها مذكرات مكتوبة على الاستنبس للطلاب

الدراسات العليا - كلية حقوق اسبوط •

(٣١) أهلية القاضي - السابق - ص ٨٣ •

ثانياً - اخلال القاضى بواجبات وظيفته كمبرر لعزله فى القانون :

للقضاة حصانة كاملة ، واستقلال مميز فى ابدائهم لآرائهم ، فى الدعاوى التى ينظرونها ، وفى مقابل هذه الحصانة التى يتمتع بها القاضى ، يجب عليه أن يؤدي واجبه على الوجه الأكمل ، ومن ثم إذا أخل القاضى بواجبه تعرض للمساءلة التأديبية التى قد تنتهى بعزله من ولاية القضاء ، وذلك بعد محاكمة تأديبية ، تتم أمام مجلس تأديبي يخصص لذلك .

ولكن ما هى الوقائع التى تبرر عرض القاضى على مجلس التأديب ، والتى يتم عزله بسببها ؟ يجب على ذلك بعض (٣٣) الشراح قائلًا : « من المستحيل أن تحدد مقدما الوقائع التى يمكن أن تكون سببا للمسئولية التأديبية للقضاة — والتى يمكن أن تنتهى بعزلهم — ولكن يمكن تقسيمها الى مجموعات ثلاث :

(أ) ما يتصل بأداء القاضى لوظيفته ، من هذه تخلف القاضى عن واجب الإقامة فى البلدة التى بها مقر عمله ، أو عن واجب الحضور لعمله وعدم التغيب فى غير أجازة (٣٣) .

(٣٢) الوسيط فى قانون القضاء المدنى د. فتحى والى - ص ٢٠٢
(٣٣) أحكام المادة ٧٦ من قانون السلطة القضائية ونصها « يجب أن يقيم القاضى فى البلد الذى يكون فيه مقر عمله » ويذكر المستشار يحيى الرفاعى فى تعليقه على هذا النص أن الالتزام بهذا النص أصبح مستحيلا فى أزمة المساكن الراحنة ، ومن ثم يجب تعديل النص وتعميم الحكم الوارد فى الفقرة الثانية ونصها « ويجوز للوزير العدل لظروف استثنائية أن يرخص للقاضى فى الإقامة فى مقر المحكمة الابتدائية التابع لها ، أو فى أى بلد آخر يكون قريبا من محل عمله ، ويكون أنتقاله فى هذه الحالة على نفقة الحكومة ٠٠٠ » - تشريعات السلطة القضائية للمستشار يحيى الرفاعى - هامش ص ٦٢ .

(ب) ما يتصل بحياته الخاصة ، اذ يجب على القاضى أن يراعى في حياته الخاصة الامتناع عن أى سلوك — ولو كان في ذاته مشروعاً — لا يتفق مع ما يجب أن يكون عليه من وقار ، وبعد عن الشبهات ، لأنه لا يمكن الفصل بين وظيفة القاضى وحياته الخاصة .

(ج) ما يتصل بنشاطه الخارجى فيمتنع على القاضى من ناحية التقيام بمزاولة التجارة أو أى وظيفة أو عمل لا يتفق مع استقلال القضاء وكرامته ، ومن ناحية أخرى الاشتغال بالسياسة أو ابداء رأى سياسى (٣٤) .

وقد ذكر بعض الشراح أن المشروع الفرنسى ، قام بتعريف الخطأ الصادر من القاضى والذي يستوجب مساءلته تأديبياً ، ويعتبر اخلاصاً منه بواجبات وظيفته ويرر عزله فقال : " هو كل مخالفة لواجباته أو مقتضيات وظيفته ، أو اذا قام بأى عمل مخل بالشرف ، أو لا يتفق وكرامة القضاء (٣٥) " .

(٣٤) أحكام المادتين ٧٢ ، ٧٣ من قانون السلطة القضائية ونصهما :
المادة ٧٢ ونصها : « لا يجوز للقاضى القيام بأى عمل تجارى ، كما لا يجوز له القيام بأى عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته » .
المادة ٧٣ ونصها « يحظر على الحاكم ابداء الآراء السياسية ، ويحظر كذلك على القضاة الاشتغال بالعمل السياسى ، ولا يجوز لهم الترشيح لانتخابات مجلس الشعب أو الهيئات الاقليمية أو التنظيمات إلا بعد تقديم استقالتهم » .

— الوسيط فى قانون القضاء المدنى ص ٢٠٢ ، د. فتحى والى .
— المرافعات المدنية والتجارية د. عبد الحميد أبو هيف — ص ٢٠٦ .
— أصول المرافعات المدنية والتجارية د. نبيل اسماعيل عمر ص ٩٧ : ١٠٠ ، نشر منشأة المعارف .
— قوانين المرافعات — د. أمينة النمر ص ١٠١ — نشر منشأة المعارف .

(٣٥) القانون القضائى الخاص — د. ابراهيم نجيب ج ١ ص ٣٦١

وعرفه بعض الشراح قائلًا : الخطأ التأديبي هو : كل إخلال من القاضي بواجباته المتعلقة بحالته أو شرفه أو مسلكه أو كرامته (٣٦) .

وبناء عليه فإذا فقد القاضي أسباب صلاحيته لولاية القضاء ،
لغير الأسباب الصحية بأن ارتكب خطأ كبيرا ، في حق مهنته ، أو
قام بعمل يتعلق بالشرف أو الكرامة أو باشر عملا يتعارض مع ولايته
لفصل المنازعات ، يتم عزله بعد عرضه (٣٧) على مجلس تأديب ، يتم
تشكيله من عدد معين من القضاة أشارت اليه المادة ٩٨ (٣٨) من قانون
السلطة القضائية وهذا ما أشارت اليه المادة ١١١ من القانون المذكور
ونصها : « إذا ظهر في أي وقت أن القاضي فقد أسباب الصلاحية
اولاية القضاء لغير الأسباب الصحية ، يرفع طلب الإحالة الى المعاش
أو النقل الى وظيفة أخرى غير قضائية من وزير العدل من تلقاء نفسه ،
أو بناء على طلب رئيس المحكمة الى المجلس المشار اليه في المادة ٩٨
من قانون السلطة القضائية » .

-
- (٣٦) استقلال القضاء - د. محمد نور شحاته - ص ٢٢٨ .
- (٣٧) قانون القضاء المدني - د. محمود هاشم - ص ٢٢٠ .
- استقلال القضاء - د. محمد نور شحاته - ص ٢٢٨ .
- الوسيط في شرح قانون المرافعات - د. أحمد السيد صاوي -
ص ٢٩٤ .
- حرية الدفاع - طه أبو الخير ص ٧١ ، الوجيز في قانون القضاء
المدني - د. محمد نور ص ١٣٣ .
- (٣٨) مادة ٩٨ ونصها « تأديب القضاة بجميع درجاتهم يكون من
اختصاص مجلس تأديب يشكل على النحو الآتي : رئيس محكمة النقض
رئيسا ، أقدم ثلاثة من رؤساء محاكم الاستئناف ، أقدم ثلاثة من مستشاري
محكمة النقض » .

وقد ذكر بعض (٣٩) اشراح أن الخطأ الذى يؤدى بالقاضى الى العزل لا يمكن حصره ، لأن قوامه ليس مخالفة القاضى لتواجباته الوظيفية التى نصت عليها القوانين واللوائح ، بل تلك التى يقتضيها حسن انتظام العمل ، ومن أمثلة ذلك افشاء أسرار المداولة ، أو تغيبه عن العمل بدون مبرر ، أو قضائه فى دعوى ممزوعة عليه ، أو قيامه بنشاط سياسى محظور ، أو قيامه بأنشطة تمس الشرف والكرامة ، وتتعلق بحياته الخاصة (٤٠) وكذا خروجه عن مسلكه فى عمله عن الحدود التى يجب عليه التزامها (٤١) ، ومنها احترافه للتجارة أو حصوله على رتبة أو نيشان من الحكومة ، أو قبول مكافأة فوق مرتبه ، أو قبول هدايا ذات قيمة ، فانه ان فعل ذلك كان جزاءه العزل والحرمان من المرتب (٤٢) .

مما سبق عرضه يتضح لنا أن اخلال القاضى بواجبات وظيفته أيا كان نوع هذا الاخلال طالما كان متعارضا مع ولايته لفصل المنازعات يعد مبررا لفضله من ولاية القضاء ، لأن القاضى بارتكابه لهذا الخطأ قد فقدت أسباب صلاحيته لولاية هذا العمل الجليل ، ويترتب على ذلك ضرورة استبعاده من هذه الولاية سواء كان ذلك بالعزل ، أو بالنقل الى وظيفة أخرى غير قضائية ، عملا بنص المادة ١١١ من قانون السلطة القضائية المشار اليها .

-
- (٣٩) الدكتور محمد نور فى كتابه : الوجيز فى قانون القضاء المدنى ص ١٥٩ ، انظر للمؤلف نفسه استقلال السلطة القضائية ص ٢٢٧ وما بعدها - الدكتور فتحي والى - فى كتابه الوسيط ص ٢٠٢ .
 (٤٠) استقلال السلطة القضائية د . محمد نور ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .
 (٤١) الوجيز فى قانون المرافعات د . رمزي سيف ص ٤٠ .
 - أصول المرافعات - نبيل عمر ص ٩٩ .
 (٤٢) الوجيز فى المرافعات المصرية د . عبد الفتاح السيد - ص ٢٠٠ وما بعدها مطبعة النهضة ١٣٤٢ هـ - ١٩٢٤ م .
 - المرافعات المدنية والتجارية - د . عبد الحميد أبو هيف ص ٣٠٦ .

الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

نلاحظ من خلال عرضنا لآراء الفقهاء فيما يتعلق بعزل القاضى. للفسق ، وعرضنا لآراء شراح القانون فيما يتعلق باخلال القاضى لواجبات وظيفته كمبرر لعزله ، يتضح لنا اتفاق أحكام القانون الوضعى مع ما جاء فى الفقه الاسلامى الى حد كبير ، لأن الناظر فى المفسق فى الفقه يجده اخلاقا من القاضى بصفة العدالة التى ينبغى أن يتحلى بها فى ممارسته لموظيفة فصل المنازعات بين الناس ، واخلال القاضى بواجبات وظيفته فى القانون يعد فسقا من جانبه - أيضا ، وذلك لخروجه عن مقتضيات هذه الوظيفة بارتكابه ما هو ممنوع من ممارسته ، أثناء أدائه لهذه الرسالة ، ومخالفة هذه للقوانين والواجبات التى قررها ولى الأمر ، وتسمية هذا الجبر فى الفقه بأنه فسق وتسميته اخلاقا فى القانون لا يقدح فى أن ما انتهى اليه شراح القانون ، يتفق وما قرره الفقهاء فكلا المفهومين يلتقيان فى نقطة واحدة وهى أن كلا منهما يعد انتهاكا لصفة يجب توافرها فيمن يلقى وظيفة فصل المنازعات، وتخلفها يؤدى الى عزل من يلى هذه الوظيفة .

" المطلب الثانى "

المرض أو العجز كسبب لعزل القاضى فى الفقه والقانون

الفرع الأول : فى الفقه الاسلامى

الفصل بين الناس ووظيفة من أسمى الوظائف ، المستوجبة لكل كمال ، ومهنة من أشرف المهن ، مارسها الأنبياء والمرسل ، وقام بها الخلفاء والتابعون ، وزان عرشها الفقهاء من بعدهم ، على مر العصور ومختلف الدهور .

ومن يمارس هذه الوظيفة ، يعد ملجأ الناس حين تظلم النفس
بالظلم ، فهو المصباح الذى يضيء طريق الحق ، بكلمة منه يضع
الحق فى نصابه ، ويرد للمظلوم مظلمته ، ويردع الظالم عن ظلمه .

وإذا ما كان الأمر كذلك ، فلا غرابة ولا غرو ، أن يهتم الفقهاء
اهتماما بالغا بشخص القاضى ، ويولوه عناية فائقة ، حتى جعلوه من
أشخاص ينحدر وجودهم لكثرة ما تطلبوه فيه من شروط ، وما ينبغى
أن يكون عليه من صفات ، لكى يقيم حدود الله بصورة تحقق العدل ،
وتقطع دابر الظلم .

ومن بين هذه الشروط التى اشترطها الفقهاء فى القاضى ، أن يكون
خاليا من الأمراض التى توقعه عن مباشرة هذا العمل ، فتمتعه من
توليئه ، أن لم يكن متوليا له بالفعل ، وتوجب عزله إذا ما كان متوليا
له ثم طرأت عليه .

وحديثنا فى هذا المطلب سيكون قاصرا على القاضى الذى ولى
القضاء ، متمتعا بكمال الجسم والبدن ، ثم ابتلاه الله بعد ولايته بمرض
أو عجز أفقده الصلاحية الكاملة للاستمرار فى هذا العمل الذى تتعلق
به حقوق الناس وأرواحهم .

ومن بين هذه الأمراض ما يلى :

أولا : فقد البصر والسمع والكلام ، وهى التى تعرف باسم
سلامة الحواس ، والجنون :

وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية ، على أن القاضى إذا ولى

(١) أهلية القاضى د. عبد الرحمن عبد القادر ص ٨٧ .

نظام القضاء - د. إبراهيم عبد الحميد ص ٥٨ .

القضاء سميعاً بصيراً متكلاً . ثم نقد واحدة من هذه الحواس ، فانه لا يبقى في منصب القضاء •

وهذا ما أشارت اليه نصوص الفقهاء الواردة في مذاهبهم الفقهية المختلفة • ومن هذه النصوص :

(١) في فقه المالكية ما يلي :

- جاء في شرح الزرقاني شرح مختصر خليل ما نصه : « وعزل الأعمى والأصم والأبكم واجب » (٢) •
- وجاء في الفواكه « ويجب عزل الأعمى والأصم والأبكم » (٣) •
- وجاء في بلغة السالك « ووجب عزل أعمى وأصم وأبكم ولو طراً عليه بعد توليته » (٤) •
- وجاء في شرح الخرشي « ويعزل الأعمى والأصم والأبكم لتعذر غالب الأحكام » (٥) •
- وجاء في المجموع « ويعزل اذا طراً عليه عمى أو صم أو بك » (٦) •

(٢) في الفقه الشافعي :

- جاء في المغني « الاغماء والخرس والصمم العمى مبررات لعزله القاضي » (٧) •

(٢) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٧ ص ١٢٤ •
 (٣) الفواكه النوانى لابن مهنا النقاوى ج ٢ ص ٢٩٧ •
 (٤) بلغة السالك للشيخ أحمد الصاوى ج ٢ ص ٣٠٦ •
 (٥) شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٥ ص ١٤٠ •
 (٦) حاشية المجموع على الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٦ •
 (٧) مغني المحتاج للخطيب القرييني ج ٤ ص ٣٨٠ •

وجاء في الروضة « اذا جن أو أغمى عليه أو عمى أو خرس
 ينزل » (٨) •
 وجاء في فتح الوهاب « وينزل بزوال أهليته كجنون واغماء
 كخفلة وصمم » (٩) •
 وجاء في فتح المعين « وإنزل بمرض لا يرجى زواله ، ومثل ذلك
 العمى والصمم لوجود المنافي » (١٠) •

(ج) في الفقه الحنفى :

جاء في الحاشية « أربع خصال اذا حلت بالقاضى انزل ، فوات
 السمع أو البصر أو العقل أو الخين » (١٠) •
 وجاء في لسان الحكام « أربع خصال لو بطت بالقاضى صار
 معزولا ، ذهاب البصر والسمع والعقل والردة » (١٢) •
 وجاء في الروضة « وتبطل ولايته بالخرس ، وتبطل ولايته —
 أيضا — بطرو العمى لأنه لا يصح له معرفة ما يحتاج الى نظره فهو
 كزوال العقل » (١٣) •

(د) في فقه الحنابلة :

جاء في المغنى « اذا تغيرت حال القاضى بفسق أو مرض يمنعه

(٨) روضة الطالبين للنووى ص ١٢٥ وما بعدها •

(٩) فتح الوهاب للأصارى ج ٢ ص ٢٠٨ •

(١٠) فتح المعين لليبارى ص ١٣٩ •

(١١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٤ •

(١٢) لسان الحكام ص ٢٢٣ ، ومثل ذلك فى معين الحكام ص ٣٣

(١٣) روضة القضاة وطريق النجاة للسمنانى ص ١٤٩ وما بعدها

من القضاء ، فإنه ينعزل بذلك ، ويتعين على الامام عزله وجهها
واحداً » (١٤) •

وجاء في منتهى الارادات « ويتعين عزله مع مرض يمنعه
القضاء » (١٥) •

وجاء في كشف القناع « ويشترط أن يكون بصيراً ناطقاً ، وأن
يكون سمياً ، فإن كان بخلاف ذلك انعزل » (١٦) •

(هـ) في فقه الامامية :

جاء في شرائع الاسلام « اذا حدث بالقاضى ما يمنع الانعقاد
انعزل » (١٧) •

(و) في فقه الشيعة :

جاء في كتاب النيل « ولا تتعقد ولاية الأمام والأبكم والأعمى ،
ويجب عزلهم ولو طراً عليهم ، لعدم المقصود من الفهم والافهام » (١٨)
مما سبق عرضه من نصوص متعددة في المذاهب الفقهية المختلفة
يتضح لنا أن شرط الحواس ، من الشروط المتفق عليها بين فقهاء

(١٤) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٣ •

(١٥) منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٧ تحقيق عبد الغنى عبد الخالق

(١٦) كشف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ج ٦ ص ٢٩٥ •

(١٧) شرائع الاسلام للحلى ج ٤ ص ٧٠ ، ٧١ تحقيق عبد الحسين

محمد على •

(١٨) كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد يوسف بن أطفيش ٢٣/١٣

— راجع فيما يلي تاريخ القضاء : محمود عونس ص ١٧٠ •

— التنظيم القضائى فى الفقه الإسلامى د. محمد مصطفى الزحيل ٧٠

— أهلية القاضى د. عبد الرحمن عبد القادر ص ٨٧ وما بعدها •

الشريعة الإسلامية ، وأن فقد القاضى لحاسة من هذه الحواس ، بعد ولايته مبرر لعزله •

هذا وقد وقع خلاف بين الفقهاء ، حول الوقت الذى يعزل فيه القاضى ، هل يعزل بمجرد فقدده لاحدى حواسه ؟ أم لابد من صدور قرار بعزله ممن له ملكية هذا القرار ؟

رأيان : الرأى الاول منهما يرى عزله بمجرد طسرو المرض أو العجز ، أما الثانى فيرى أصحابه أنه لا يعزل قبل صدور قرار بعزله (١٩) ، وأيا كان الراجح من هذين الرأيين وما يترتب على كل منهما ، فلا يهمننا هذا الخلاف وما يترتب عليه ، بقدر ما يهمننا الاتفاق الذى وقع بين الفقهاء ، فى أى القاضى الذى يتعرض لفقد احدى حواسه ، يعزل • وهذا ما أشارت اليه النصوص الفقهية •

ثانياً — الجنون :

شرط العقل فى القاضى من الشروط التى يتوقف عليها صحة تعيينه فى هذه الوظيفة باتفاق الفقهاء ، دون مخالفة من أحد منهم فى ذلك (٢٠) ، وهذا دليل على أن القاضى اذا طرأ عليه الجنون بعد ولايته يعزل بلا خلاف ، سواء هذا الجنون مطبقاً يلزمه دائماً ولا يفارقه ، أم كان متقطعاً يفارقه فى بعض الأوقات (٢١) •

(١٩) أهلية القاضى ونزاعته د • عبد الرحمن عبد القادر — ص ٨٧

وما بعدها •

(٢٠) مواهب الجليل للحضاب ج ٦ ص ٨٣ ، الخرشى ج ٥ ص ٦٣٩ . الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٥ ، المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٣٨٠ . المهذب ج ٢ ص ٢٩١ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٥٠ ، فتح القدير ع • الهداية ج ٧ ص ٢٥٣ ، شرائع الاسلام ج ٢ ص ٢٠٤ •

(٢١) أهلية القاضى — السابق — ص ٨٣ •

لأن الجنون مانع من موانع ولاية القضاء ، فيمنع استمرار هذه الولاية، لأن ما يمنع من جواز التولية ابتداء يمنع دوامها واستمرارها (٢٢) . وقد أشار الفقهاء في كتبهم الفقهية إلى العديد من النصوص ، التي تفيد عزل القاضى إذا أصابه الجنون • من هذه النصوص ما يلي :

(١) في الفقه المالكي :

وجاء في التبصرة « وشروط القضاء التي لا يتم القضاء إلا بها » . ولا تتعدد الولاية ولا يستدام عقدها إلا معها عشرة الاسلام والعقل • • وعدم هذه الشروط يوجب العزل » (٢٣) •

وجاء في المواهب « للقضاء خصال ، لا يتضح أن يلي القضاء إلا من اجتمعت فيه هذه الخصال وهي : أن يكون حرا مسلما عاقلا » (٢٤) •

(ب) في فقه الامامية :

جاء في شرائع الاسلام « اذا حدث بالقاضى ما يمنع الانعقاد انعزل ، وان لم يشهد الامام بعزله ، كالجنون والفسق » (٢٥) •

(ج) في الفقه الشافعى :

وفقا للمراجع في المذهب : جاء في حاشية البيجرى « وينعزل بنحو جنون أو اغماء ولو قل كالحظة » (٢٦) •

(٢٢) منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٧ •

ومعه المحل لابن حزم ج ٩ ص ٣٦٣ •

(٢٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٣ •

(٢٤) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٨٣ •

(٢٥) شرائع الاسلام للمحل ج ٤ ص ٧٠ •

(٢٦) حاشية البيجرى على المنهج ج ٤ ص ٣٤٧ •

وفي نهاية المحتاج « إذا جن قاض أو أغمى عليه لا ينفذ حكمه
لا ينزل الله بذلك » (٢٧) .

وجاء في فتح الوهاب « ولو زالت أهلية القاضي بنحو جنون أو
اغماء انعزل » (٢٨) .

وجاء في اعانة الطالبين « وينعزل بجنون و اغماء وان قلَّ زمنهما (٢٩) .
(د) في الفقه الحنفي :

جاء في الحاشية « أربع خصال اذا حلت بالقاضي انعزل ، فوات
السمع أو البصر أو القتل أو الدين » (٣٠) .

وجاء في روضة القضاة « وتبطل ولاية القاضي بزوال العقل ،
لأنه يمنع التكليف فيمنع الولاية » (٣١) .

(هـ) في الفقه الحنبلي :

جاء في المغني « اذا تغيرت حال القاضي بفسق أو زوال عقل ينعزل
بذلك ، ويتعين على الامام عزله وجهاد واحد » (٣٢) .

(٢٧) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٤٤ .

(٢٨) فتح الوهاب ج ٢ ص ٢٠٨ .

وجاء مثل هذا النص في الاقناع للشرييني ج ٢ ص ٣٠٠ ، روضة
الطالبين ص ١٢٥ .

(٢٩) اعانة الطالبين - ج ٤ ص ٢٢٢ طبعة الحلبي .

(٣٠) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٦٤ .

- مثل ذلك ورد في معين الحكام ص ٣٣ ، لسان الحكام ص ٢٢٣ .

(٣١) روضة القضاة ص ١٤٩ .

(٣٢) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ .

وجاء في منتهى الارادات « ما يمنع انتولية ابتداء يمنع دوامها •
كما لو طرأ عليه ذلك لفسق أو زوال عقل » (٣٣) •

وهناك رأى مرجوح في الفقه الشافعي يرى جواز بقاء القاضي الذي جن جنونا غير مطبق ، وهذا ما أشار اليه صاحب كتاب أدب القضاء قائلا « لو جن القاضي أو أغمى عليه هل ينزل أم لا ؟
وجيبان » (٣٤) •

وجاء في المغني « أن القاضي اذا جن جنونا منقطعا ، وكان زمن الافاقة أكثر من زمن الجنون ، بحيث يمكنه القيام بواجبات وظيفته ، فانه لا ينزل بذلك الجنون قياسا على الامام ، فكما أن الامام لا ينزل بالجنون المنتقطع الذي لا يعوقه فكذلك القاضي » (٣٥) •

ونحن نرى أن هذا الرأي لا يقذح في الاتفاق الذي تم بين الفقهاء حول تمتع القاضي بكمال العقل كشرط لولايته لفصل المنازعات ، ومن لم فان القاضي الذي ولى القضاء متمتعا بكمال العقل ، ثم زالت عنه هذه الصفة ، فانه ينزل قولاً واحداً ، حتى أن بعض (٣٦) الفقهاء ، لم يكتف بكمال عقل القاضي كشرط لولايته لهذا العمل ، وانما اشترطوا فيه أن يكون جيد الفهم لا يفقد بجنون الكلام ، فإذا كان الأمر كذلك ، فكيف يلى القضاء من فقد عقله بالكلية •

(٣٣) كشف القناع للبهوتي ج ٦ ص ٢٩٧ - تحقيق هلال مضيلحي

(٣٤) أدب القضاء لابن أبي الدم ج ١ ص ٢٧٥ ، تحقيق محيي

هلال السرحان •

(٣٥) مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٨٠ ، أهلية القاضي د عبد الرحمن

عبد القادر ص ٨٣ •

(٣٦) البهائم ج ٩ ص ٤٠٢٧ ، الخرشى ج ٥ ص ١٣٩ •

معين الحكام ص ١٣ ، الأحكام السلطانية للناوردي ص ٦٥ •

الفرع الثاني : المرض أو العجز كمبرر لعزل القاضى فى القانون

من مبررات عزل القاضى فى القانون الوضعى المرض أو العجز الذى لا يستطيع معه القاضى القيام بواجبات وظيفته ، وهذا ما يمكن فهمه من نص المادة ٩١ من قانون السلطة القضائية ونصها « اذا لم يستطع القاضى بسبب مرضه مباشرة عمله بعد انقضاء الإجازات المقررة ، أو ظهر فى أى وقت أنه لا يستطيع لأسباب صحية القيام بواجبات وظيفته على الوجه اللائق ، فإنه يحال الى المعاش بقرار جمهورى ، يصدر بناء على طلب وزير العدل • وبعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية (٣٧) » .

واضح من النص المشار اليه ، أن المرض الذى يؤدى الى منع القاضى من أدائه لوظيفته ، يحال الى المعاش ويعزل من ولاية القضاء ، وقد ذكر بعض (٣٨) الشراح أن هذا المرض يشمل المرض الجسدى أو العقلى أو النفسى ، وسواء أدى المرض الى قعود القاضى عن مباشرة عمله أو أدى المرض الى جعل القاضى غير قادر على القيام بوظيفته على الوجه اللائق (٣٩) •

وعلى الرغم من أن النص الوارد بقانون السلطة القضائية ، لم يحدد نوعية المرض الذى يؤدى الى عزل القاضى ، إلا أنه وضع معيارا عاما ، تمثل فى أن مجرد إصابة القاضى بأى مرض من شأنه ، عاقبة القاضى من قيامه بواجبه يعد مبررا لعزل القاضى من ولاية القضاء ،

(٣٧) نص المادة ٩١ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة

١٩٧٢ م •

(٣٨) المستشار طه أبو الخير فى كتابه حرية الدفاع ص ٥٨١ •

(٣٩) قانون القضاء المدنى د • محمود هاشم ص ٢١٩ وما بعدها •

— استقلال القضاء — د • محمد نور شحاته ص ١٩١ •

— الوسيط فى قانون القضاء المدنى د • فتحى ولى ص ١٩٩ •

ومن ثم فإن أى مرض عن شأنه مع القاضى من آدائه لتواجبه على الوجه الملائق ، فإنه يعد سببا لعزل القاضى ، أما اذا كان هذا المرض لا يؤدى الى هذه النتيجة فلا يعد مبررا للعزل فى القانون .

الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

بعد أن عرضنا موقف الفقه الاسلامى ، وأحكام القانون الوضعى فيما يتعلق بكون المرض أو العجز مبررا يعد مبررا لعزل القاضى فى النظامين الوضعى والاسلامى .

انتصح لنا أن : فقهاء الشريعة الاسلامية كانوا أشد حرصا على تمتع القاضى بكمال الجسد والبدن ، بدليل أنهم حددوا نوعية المرض الذى يؤدى بالقاضى الى العزل بالإضافة لذلك ، فان الفقهاء ذكروا أن مجرد إصابة القاضى بالمرض أو العجز يعد مبررا كافيا لعزله ، سواء كان المرض أو العجز يؤدى الى عدم قيام القاضى بواجبه على الوجه الملائق أم لا ، أما شراح القانون الوضعى فانهم يشترطون لتطبيق مبدأ عزل القاضى للأسباب الصحية ، أن يكون المرض أو العجز مانعا للقاضى من آدائه لتواجبه على الوجه الملائق ، بعد منحه الإجازات الكافية ، والمقروة قانونا .

فاذا لم يكن المرض مانعا للقاضى من قيامه بواجبه ، لا يعزل فى القانون ، وإن دل هذا على شئ ، فانما يدل على مدى الاهتمام الزائد ، والعناية الفائقة ، من جانب فقهاء الشريعة الاسلامية بشخص القاضى ، باعتباره شخصا ليس بعادى ، وإنما يجب أن يكون مستجما لكل صفات الكمال ، خلقا وخلقا ، حتى يستطيع ارساء قواعد العدل ، بين الناس ، غاية ما فى الأمر أن ما انتهى اليه شراح القانون يجد سنده واضحا فى قواعد الشريعة الاسلامية ، وأن ما قرره الفقهاء فى هذا المجال مازال ولا يزال صالحا لكل عصر وجيل ، ولأن يستطيع أى نظام مجارة النظام الاسلامى فى صورته الحقيقية التى ظلت عليها .

” المطلب الثالث ”

عزل الامام للقاضي في الفقه وعدم كفايته في القانون
كمبررين لعزله في النظامين الاسلامي والوضعي

الفرع الأول : عزل الامام للقاضي في الفقه الاسلامي

للاحكام الذي ونى أمر المسلمين ، بحسب الراجح أن يعزل القاضي اذا ما وقع منه ما يقتضي عزله ، لأن تصرفات الحاكم منوطة بمصالح المسلمين ، الأمر الذي يستلزم من الامام ألا يصدر شيئاً من أمور المسلمين الا عن رأى ثاقب ، ومن ثم لا يجوز للامام أن يعزل (١) القاضي دون مقتض ، لأنه ولاء لمصلحة المسلمين عامة ، وقد تعلق به حق الأمة ، فوجب ابقاؤه طالما لم يحدث منه ما يوجب العزل .

وقيل ينفذ عزل الامام للقاضي ولو لم يحدث منه ما يستدعي العزل (٢) ، ويتعرض الامام لخطر الائتم أمام الله (٣) والأول أرجح وهو القائل بعدم العزل .

وقد ذكر الفقهاء بعض المبررات التي يجوز للامام أن يعزل القاضي بمقتضاها ، من هذه المبررات :

- (١) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ .
- معنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨١ .
- اعانة الطالبين ج ٤ ص ٢٢٣ .
- شرايع الاسلام — للعل ج ٤ ص ٧١ .
- (٢) دروس القضاء وطريق النجاة للسبباني ص ١٥٢ .
- (٣) أدب القضاة لابن أبي السم ج ١ ص ١٥٠ — تحقيق محيى ملاح السرحان .

- (أ) مصلحة المسلمين إذا كانت تستلزم عزل القاضي •
 (ب) تظاهر الشكوى من القاضي •

وستعرض أولاً : للمصلحة كمبرر لعزل القاضي •

والمراد بالمصلحة التي تستوجب عزل القاضي هي : مصلحة المسلمين العامة ، وقد ذكر بعض الشراح أن جمهور الفقهاء يقررون اعتبار المصلحة مبرراً لعزل القاضي ، ومنهم من أجمل القول ، فلم يوضح أو يفسر تلك المصلحة ، ومنهم من وضحها ، وذكر أمثلة عليها ، كوجود أصلح منه ، أو أقوى ، أو أصبر منه (٤) •

وهذا ما أشارت إليه نصوص الفقهاء ، التي أوردوها في كتبهم ، من هذه النصوص مايلي :

(أ) في فقه المالكية :

جاء في فتح الرحيم « ويجوز عزله لمصلحة ، فان كان عدلاً وجب على الامام اظهار براءته (٥) •

وجاء في بلغة المسالك « وجاز للامام عزل من ولاه للقضاء لمصلحة اقتضت ذلك » •

ثم فسر ان المصلحة قائلاً ككون غيره أفقه منه ، أو أقوى منه ، وفي هذه الحالة إذا عزله برأه ، كما وقع لشرحبيل قاضي عمر ، فلما

(٤) مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتعيينه • عبد الرحمن القاسم - دكتوراه ص ١٥٦ •

(٥) فتح الرحيم على فقه الإمام مالك بالأدلة المشيخية ج ٣ ص ١٢٣ طبعه دار الطباعة المجددية - الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م •

أراد عمر عزله قال له : أعن سسخط يا أمير المؤمنين ؟ قال : لا ولكن وجدت من هو أقوى منك قتل : ان عزلك لى عيب ، فأخبر الناس بعذرى ففعل « (٦) » .

(ب) فى فقه الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام « أما لو رأى الامام عزله لوجه من وجوه المصالح ، أو لوجود من هو أتم منه نظرا ، فانه جائز مراعاة المصلحة (٧) » .

(ج) فى فقه الشافعية :

وجاء فى أدب القضاء « قال الامام الشافعى : للامام عزل القاضى اذا رابه منه أمر ، ويكفى فيه غلبة الظن ، فلو لم يظن غير الخير ، قال الأصحاب : ان عزله بأفضل منه نفذ ، ومن هو دونه فى الصلاحية لا ينفذ فى ظاهر المذهب ، وبمثله وجهان ... فان عزل القاضى بمن هو دونه لمصلحة رآها نفذ العزل « (٨) » .

وجاء فى اعانة الطالبين « ويجوز عزله لوجود أفضل منه ، وان لم يظهر فيه خلل ، رعاية لمصالح المسلمين « (٩) » .

وجاء فى معنى المحتاج « ويجوز عزل القاضى بمثله ، أو بمن هو

(٦) بلغة السالك ج ٢ ص ٣١٠ ، الشرح الصغير ج ٤ ص ١٢ .

(٧) شرائع الاسلام للحلى - ج ٤ ص ٧١ .

(٨) أدب القضاء لابن أبى التيم ص ٩٤ - تحقيق محمد الزحيل .

(٩) عانة الطالبين وعمدة المفتين ج ٤ ص ٢٢٣ .

« حونه لمصلحة المسلمين ، كتسكين فتنة ، فان لم يكن في عزله مصلحة
: فلا يجوز عزله ، لأئبه عبث وتصرف الإمام يضاه عن ذلك » (١٠) •

(د) وفي الفقه الحنفى :

جاء في روضة القضاة « للإمام عزل القاضى من غير سبب يوجب
العزل » (١١) •

هذا النص وان لم يدل على جواز عزل القاضى للمصلحة بالنص،
لكن القياس فيه واضح ، فاذا كان للإمام عزل القاضى بدون مبرر ،
فالأولى عزله للمصلحة •

(هـ) في فقه الحنابلة :

جاء في المغنى « وأما ان عزله الامام الذى ولاه ، أو غيره ففيه
وجهان : أحدهما ليس له ، لأن عقده لمصلحة المسلمين ، فلم يملك عزله
مع سداد حاله ، والثانى له عزله لا روى عن عمر أنه قال : لأعزلن
أبا مريم وأولين رجلا ، اذا رآه الفاجر فرقه ، فعزله عن قضاء البصرة ،
وولى كعب بن سوار ، وقد ولى على — كرم الله وجهه — أبا الأسود
ثم عزله فقال : لم عزلتنى وما خفت وما جنيت ؟ فقال : انى رأيتك
يعطو كلامك على كلام الخصمين » (١٢) •

فهذا العمل الذى قام به الامام على — كرم الله وجهه — ليس
أله مبرر سوى مصلحة المسلمين العامة •

(١٠) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨١ •

(١١) روضة القضاة ص ١٥٢ •

(١٢) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ •

فهذه النصوص الفقهية تؤكد جواز عزل القاضى للمصلحة ، ومن ثم فقد ذكر بعض الباحثين أنه يمكن حمل العزل على كل مصلحة اقتضت العزل فيوافق هذا القول ، أقوال الفقهاء الآخرين ، الذين أجازوا العزل للمقتضى أو للمصلحة أو للثمة ، فكلها أعذار للعزل تحمل معنى المصلحة (١٣) •

أما إذا كان العزل لغير مصلحة فلا يجوز عند البعض (١٤) لأتهم اعتبروا ذلك من قبيل العبث ، والامام يجب أن يمان عن ذلك في تصرفه •

وقيل : نفذ العزل ، ولكن يتعرض صاحب الأمر لخطر الاثم والمسئولية أمام الله (١٥) •

وبهذا ننتهى الى القول بضرورة توافر المصلحة ، كمبرر لعزل القاضى في الفقه الاسلامى ، سواء كانت هذه المصلحة ظاهرة لنا ، أو خافية علينا ، ومن ثم فقد ذكر بعض الباحثين قائلا : هب أنه قد تعذر علينا ادراك تلك المصلحة ، التى كان يبتغيها عمر بن الخطاب حينما عزل شرحبيل ، فمن منا مثل عمر الذى اقترن العدل باسمه ، خاصة وأن القاضى ولى القضاء لمصلحة المسلمين ، والامام تولى أمور المسلمين ليحقق لهم هذه المصلحة ، بجلب المنافع ودرء المفسد ، وليس من

(١٣) مدى حق ولى الأمر في تنظيم القضاء دكتوراه لعبد الرحمن

القاسم ص ١٥٧ •

(١٤) معنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨١ •

— اعانة الطالبين ج ٤ ص ٢٢٣٤ •

— تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٧٨ •

— روضة الطالبين — ص ١٢٦ •

(١٥) أدب القضاء للزحيلي ص ٩٤ •

المصلحة عزل القاضي اذا لم تتغير حاله ، أو لم تكن هناك مصلحة تتحقق من ذلك (١٦) .

وأيد ذلك أستاذنا الدكتور / حامد أبو طالب في عزل عمر لأبي مريم قائلاً : ان هذا العزل كان لمصلحة رآها سيحنا عمر وهي اللين فيه ، حتى أنه لم يعد يخشاه الفاجر ، فعزله عمر ، وولى شخصاً يخشاه الفاجر ، ولاشك أن في ذلك مصلحة للمسلمين (١٧) .

ثانياً : الشكوى من القاضي كمبرر لعزله في الفقه الاسلامي :

من المبررات الداعية الى عزل القاضي في الفقه الاسلامي ، تعدد الشكوى وتظاهرها ضد القاضي ، ولكن الشكوى لا تعتبر مبرراً لعزل القاضي ، اذا كان القضاء متعيناً (١٨) في حق القاضي المشكوك في حقه ، فاذا كان القضاء متعيناً في حق القاضي ، لا يجوز عزله بسبب الشكوى حتى لا تتعطل الأحكام ، وتتوقف مصالح الناس ، ويحدث الخلل .

وقبل أن نذكر الأخطاء على عزل القاضي بالشكوى ، نبين تقسيم الفقهاء للقاضي المشكوك في حقه ، فقد قسموه الى قسمين :

(أ) قاض مشهور بالعدالة ، وهذا الصنف من القضاة لا يعزل بمجرد الشكوى منه ، ولا يكشف عنه (١٩) .

(١٦) استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والاسلامي.

— رسالة دكتوراه للدكتور يس عبيد يوسف — مقدمة لكلية حقوق عين شمس ١٩٨٤ م ص ٣٧٧ .

(١٧) التنظيم القضائي — د. حامد أبو طالب ص ٩٣ .

(١٨) مغني المحتاج — ج ٤ ص ٣٨١ .

(١٩) تبصرة الحكام — ج ١ ص ٧٧ .

(ب) قاض غير مشهور بالعدالة ، وهذا القاضى يجب الكشف عنه عند الشكوى منه .

وهذه الأحكام هى ما أشارت اليها نصوص الفقهاء فى مذاهبتهم المختلفة كما يلى :

فى الفقه المالكى :

جاء فى الزرقانى « ولا ينبغي عزله بمجرد الشكوى منه ، ان شهر بالعدالة ، وان لم يشتهر بالعدالة ، فلا ينبغي عزله بمجرد الشكوى قبل الكشف عنه » .

وقال الامام مطرف يعزل ، وقيل ان لم يجد بدلا منه كشف عنه ، فان كان على ما يجب ابقاه ، وان كان على غير ذلك عزله » (٢٠) .

وجاء فى التبصرة « ويجب على الامام أن يسأل عن القضاة ، فاذا ظهرت الشكوى بهم ولم تعرف أحوالهم ، سأل عنهم ، فان كانوا على طريق الاستقامة أبقاهم ، وان كانوا على ما ذكر عزلهم ، واختلف فى عزل من اشتهرت عدالته بتظاهر الشكوى ، قال مطرف : ليس عليه عزل من عرف بالعدالة والرضا ، اذا اشتكى به وان وجد منه عوضا ، فان فى ذلك فسادا للناس على قضائهم ، وقال أصبغ : أحب الى أن يعزله وان كان مشهورا بالعدالة والرضا ، اذا وجد منه بدلا ، لأن فى ذلك صلاحا للناس ، وأما ان كان الشكوى غير مشهور بالعدالة فليعزله اذا وجد منه بدلا ، وتظاهرت عليه الشكوى ، فان لم يجد منه بدلا ، كشف عن حاله ، فان ظهر صدق الشكوى عزله الامام ، وان قال المذنبين بمعهم للسؤال عنه ، ما نعلم الا خيرا أبقاه » (٢١) .

(٢٠) شرح الزرقانى على مختصر خليل - ج ٧ ص ١٣٠ .

(٢١) تبصرة الحكام ج ٦ ص ٧٧ ، ٧٨ .

وجاء في الخرشى « ولا ينبغي عزله بمجرد شكية واحدة ، بل حتى
تكثر فيه الشكاوى وتتصاغر حينئذ يعزله ، وإذا عزله فإنه يوقفه للناس .
ليرفع من أمره ويخفف (٢٢) ، وإن لم يشتهر بالعدالة لا ينبغي عزله
بمجرد الشكوى قبل الكشف عنه » (٢٣) •

في الفقه الشافعى :

جاء في نهاية المحتاج « وللامام عزل قاض ظهر منه خلل لا يقتضى
انزاله ، كثرة الشكاوى منه ، أو ظن أنه ضعيف ، أو زالت هيئته في
القلوب ، وذلك لما فيه من الاحتياط » (٤٠) •

وجاء في المعنى « إذا كثرت الشكاوى منه وجب عزله بشرط ألا
يكون متعينا للقضاء فإن كان متعينا لم يجز عزله ، ولو عزله
لم ينزل » (٢٥) •

في الفقه الحنفى :

جاء في معين الحكام « فإن كان المشكو في حقه غير مشهور بالعدالة
فليعزله ، إذا وجد منه بدلا ، وتظاهرت عليه الشكيات ، فإن لم يجد منه
بدلا ، كشف عن حاله فإن صدق ما قيل فيه من الشكيات ، عزله ، ونظر .

- (٢٢) وفي هذا المعنى جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل .
ج ٧ ص ١٣١ ، ما نصه « وإن عزله عن سخط فليظهره للناس لئلا يولى
عليهم بعد إذ ، فإنه لا يولى ولو صار أعدى زمانه ، وإن كان على غير سخط .
براه كما حدث في قصة عزل عمر لشرحبيل » •
(٢٣) حاشية الخرشى ج ٥ ص ١٤٧ •
- السوقي على الشرح الكبير - ج ٤ ص ١٢٢ •
(٢٤) نهاية المحتاج للرملي ج ٨ ص ٤٤٥ •
(٢٥) معنى المحتاج ج ٤ ص ٣٦٨ •

في أفضيته ، فما وافق الحق أمضاه ، وما خالفه فسخه ، وإن لم يعلم فيه إلا الخير أبقاؤه . أما من اشتهر بالعدالة فهل يعزل بظاهر الشكوى أم لا ؟ قال البعض : لا يعزل من عرف بالعدالة والرضا ، لأن في عزله فساد للناس على قضاتهم » (٢٦) .

مما سبق عرضه من نصوص يتضح لنا أن تعدد الشكوى من القاضي تعدد مبررا لعزل القاضي في الفقه الاسلامي ، اذا كانت الشكوى ضد من لم يشتهر بالعدالة أما اذا كان القاضي مشهورا بالعدالة ، فلا تعد الشكوى مبررا لعزل القاضي ، حتى لا تكون الشكوى وسيلة لدم الصالحين لهذه الولاية ، ومع ذلك فان الشكوى ينبغي أن تكون وسيلة ، وسببا في البحث ، والتحري ، فاذا ما ثبت مضمونها وجب الأخذ بها (٢٧)

الفرع الثاني : عدم كفاءة القاضي كمبرر لعزله في القانون

عدم كفاءة القاضي في عمله ، من المبررات التي تؤدي الى عزله في القانون الوضعي وهذا ما أشارت اليه المادة ١١٢ من قانون السلطة القضائية ونصها « يعرض وزير العدل على المجلس (٢٨) المشار اليه في المادة ٩٨ أمر الرؤساء بالمحاكم الابتدائية والقضاة ومن في درجتهم من رجال النيابة العامة الذين حصلوا أو يحصلون على تقريرين متوالين بدرجة أقل من المتوسط ، ويقوم المجلس بفحص حالتهم ، فاذا تبين صحة التقارير أو صيرورتها نهائية بالتطبيق لنص المادتين ٧٩ ، ٨١ قرر إحالتهم الى المعاش أو نقلهم الى وظيفة أخرى غير قضائية » .

(٢٦) معين الحكام ص ٣٣ .

(٢٧) مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء - دكتوراه عبد الرحمن

القاسم ص ١٤٠ .

(٢٨) مجلس التأديب الخاص بتأديب القضاة وعزلهم .

يفهم من هذا النص أن قضاة المحاكم الابتدائية ورؤسائها الذين يتقل كفاءتهم ويحصلون على تقارير — تقريرين متوالين — بدرجة أقل من المتوسط ، يحق لمجلس التأديب — في حالة صحة هذه التقارير — عزلهم من ولاية القضاء ، والسبب في ذلك ، أن قضاة المحاكم الابتدائية في القانون يخضعون في الترقية لنظام التقارير التي تعدها إدارة التفتيش القضائي بوزارة العدل ، أما مستشارو محكمة النقض ، ومحاكم الاستئناف ، فيتم ترقيتهم الى المناصب الأعلى بدون تقارير ، وانما على أساس أهليتهم في العمل القضائي مع مراعاة نظام الأقدمية (٢٩) .

وبناء على ما سبق يتضح لنا أن عدم كفاءة القاضي الابتدائي ، أحد مبررات عزله في القانون ، سواء تم العزل بالاقالة الى المعاش ، أو بالتحويل الى وظيفة أخرى غير قضائية .

والهدف من ذلك ، هو حث القاضي على عدم التراخي في عمله ، وحمله على بذل كل جهده ، للوصول الى مركز أحسن (٣٠) ، وأن نظام الترقية في سلم القضاء هو الوسيلة الأكثر ضمانا للتأكد من صلاحية شخص معين لتولي منصب قضائي أكثر تقدما ، وبالتالي أكثر مسئولية (٣١) .

الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

من خلال عرضنا لآراء الفقهاء في الفقه الاسلامي فيما يتعلق بجواز عزل الامام للقاضي للمصلحة وعزله للشكوى ، يتضح لنا أن مسلك المشرع الوضعي فيما يتعلق بجواز عزل القاضي لعدم كفاءته في القانون

(٢٩) قانون المرافعات د. محمد عبد الخالق عمر. ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

٢٣٤: مطبعة النهضة ١٩٧٨ — القانون القضائي د. نجيب — السابق ص ٢٧١

(٣٠) القانون القضائي — د. نجيب — السابق ص ٢٧١ .

(٣١) الوسيط في قانون القضاء المدني — د. فتحي والي ص ٢٠٠

يتشابه الى حد كثير مع ما قرره الفقهاء ، من حق ولى الأمر في عزل القاضى للمصلحة ، وذلك لأن عزل القاضى للمصلحة ، يحمل في طياته عدم كفاءته ، وأن العزل لعدم الكفاءة ، يعد عزلا للمصلحة ، لأنه لو كان القاضى كفئا لما كانت هناك مصلحة في عزله ، وما تظاهرت عليه الشكوى ، الا أن المشرع الوضعى يعاب عليه ، أنه قد جعل حق العزل لعدم الكفاءة مقصورا على فئة معينة من القضاة ، وهم قضاة المحاكم الابتدائية ورؤساؤها فقط .

أما في الفقه الاسلامى فان الامام له الحق في عزل القاضى للمصلحة . أيا انت مكانته ، طالبت فترة ولايته للقضاء أو قصرت ، وهذا ان دل على شئ فانما يدل على أن الفقهاء كانوا أكثر وأشد حرصا على نزاهة القاضى وعدالته ، من المشرع الوضعى ، لأن عدم الكفاءة كما تحقق بالقاضى الابتدائى ، فقد تلحق بالمستشار بالاستئناف والنقض — أيضا — ، ومع ذلك لا يجيز المشرع عزلهم لعدم الكفاءة .

ومن هنا تبدو قيمة الفقه الاسلامى وحرص فقهاء على اختيار أفضل العناصر ذات الصلاحية الكاملة لولاية هذا العمل الجليل .

المطلب الرابع

استقالة القاضى بارادته في الفقه الاسلامى

والقانون الوضعى

الفرع الأول : في الفقه الاسلامى

إذا تنحى القاضى برغبته واختياره عن ولاية القضاء ، فهل يمكن من ذلك أم لا ؟

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في تنحي القاضي بارادته واختياره ، وهو ما يعرف بنظام الاستقالة من ولاية القضاء — الى رأيين :

الرأى الأول لجمهور الفقهاء (١) ويقولون : ان القاضي له الحق في تقديم استقالته من ولاية القضاء ، وهذه الاستقالة تعد مبرراً كافياً لعزله من منصبه ، بشرط ألا يكون متعينا للقضاء ، فان كان متعينا عليه ، حرم عزله •

الرأى الثانى : أن القاضي لا يجوز له عزل نفسه ولا تنحيته بارادته (٢) •

أدلة الفريقين ونصوصهم الفقهية :

(١) استدل انصار الرأى الأول بأن القاضي يجوز له عزل نفسه باختياره :

بأن المسلمين قالوا لخليفة الثالث عثمان بن عفان : اعزل نفسك ، فقال : لا أفعل ، فلو لم يملك هذا الحق لما امتنع عن تنفيذه (٣) ، وأن

(١) اعانة الطالبين — ج ٤ ص ٢٢٢ ، الفروع للمقدسى ج ٦ / ٢٣٨

— عيون الأذهار ص ٤٧١ ، أدب للقضاء لابن أبى المص ٩٤ •

— حاشية الخرشى ج ٥ ص ١٣٧ ، لسان الحكام ص ٢٢٤ •

— معين الحكام ص ٣٢ ، تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨ •

— منتهى الإرادات ص ٥٧٦ ج ٢ ، روضة القضاء ص ١٤٩ •

— فتح العين ص ١٣٩ ، الاقناع للشريينى ج ٢ ص ٣٠٠ •

— نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٤٥ •

(٢) الفروع ج ٦ ص ٤٣٨ ، معين الحكام ص ٣٣

— لسان الحكام ص ٢٢٤ •

(٣) الفروع ج ٦ ص ٤٣٨ •

ولاية القضاء كالوكالة ، فهو عقد جائز من الطرفين ومن ثم فله أن يعزل نفسه متى شاء (٤) •

وهذا يدل على أن القاضي له أن يتنحى عن هذه الولاية برغبته ، وقييد بعض الفقهاء ممارسة هذا الحق بعدم تعيين القضاء على القاضي ، والا حرم (٥) •

وأضاف بعض أنصار هذا الرأي الى أدلتهم : أن أمر القضاء شديد ، ولا يقدر على القيام بحقه الا من وفقه الله - تعالى - ، ومن ثم فان القاضي له الحق في عزل نفسه قبل الشروع في القضاء وبعده ، لأنه من العقود الجائزة من الطوشين (٦) •

وقد أورد أنصار هذا الرأي العديد من النصوص التي تشيد بجواز عزل القاضي لنفسه منها :

في الفقه الشافعي :

جاء في اعانة الطالبين « له عزل نفسه ما لم يتعين ، فان تعين لم ينزل » (٧) •

- وجاء في أدب القضاء « ولو عزل نفسه اختيارا انعزل » (٨) •
- وجاء في فتح المعين : « وله عزل نفسه كالوكيل » (٩) •

(٤) أدب القضاء لابن أبي الدم للزحيلي ص ٩٢ •

(٥) اعانة الطالبين للسيد البكري ج ٤ ص ٢٢٣ •

(٦) حاشية الخرشى ج ٥ ص ١٣٧ •

(٧) « اعانة الطالبين ج ٤ ص ٢٢٢ •

(٨) أدب القضاء للزحيلي ص ٩٥ •

(٩) فتح المعين ص ١٣٩ •

— ومثال ذلك في نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٤٥ ، الاقناع ج ٢ ص ٣٠٠ •

في الفقه الزيدي :

جاء في عيون الأثرار « وله عزل نفسه في وجه من ولده » (١٠) •

في الفقه المالكي :

جاء في حاشية الخرشى « للقاضي عزل نفسه اختيارا قبل الشروع في القضاء وبعده ، لأن أمر القضاء شديد ولا يقدر عليه إلا من وفقه الله — تعالى — ، وهو من العقود الجائزة من الطرفين » (١١) •

وفي التبصرة « وأما عزل نفسه اختيارا لا لمعز ولا لعذر ، فالظاهر عند بعض العلماء أنه يمكن من ذلك قياسا على الوكيل ، لكن ينبغي أن يلتفت في عزل نفسه ، هل تعلق لأحد حق بقضائه ، حتى يكون انعزاله ضررا لمن التزم القضاء بينه وبين خصمه فيمنع من ذلك » (١٢) •

في الفقه الحنفي :

جاء في معين الحكام « وأما عزل نفسه اختيارا لا عجزا ، فالظاهر عند بعض العلماء أنه يمكن من ذلك » (١٣) •

وجاء في لسان الحكام « القاضي إذا قلّ عزلت نفسه وسمع بالسلطان ينعزل كما في الوكيل ، أما بحون سماع السلطان فلا » (١٤) •

وجاء في الروضة « وتبطل ولايته إذا عزل نفسه هو عن القضاء » (١٥)

-
- (١٠) عيون الأثرار ص ٤٧١
 - (١١) حاشية الخرشى ج ٥ ص ١٣٧
 - (١٢) التبصرة ج ١ ص ٧٨
 - (١٣) معين الحكام ص ٣٣
 - (١٤) لسان الحكام ص ٢٢٤
 - (١٥) روضة القضاء للسمناني ص ١٤٩

في الفقه الحنبلي :

جاء في منتهى الإرادات « ومن عزل نفسه انعزل » (١٦) •

هذه النصوص الفقهية تدل على أن القاضي له الحق في تقديم استقالته بإرادته ، على الرغم من تقييد بعض الفقهاء لهذا العزل ، بعدم تعيين القضاء على القاضي كشرط لعزله ، وعلم السلطان بهذا العزل عند البعض الآخر ، احتجاجاً بأنه موكل الى عمل يحرم عليه اضعافه ، وعلى الامام أن يعفيه اذا وجد غيره فيتم عزله باستعفاؤه واعفائه ولا يتم بأحدهما (١٧) •

(ب) آلة الرأي الثاني ونصوصه :

استدل أصحاب الرأي الثاني القائلين بأن القاضي ليس من حقه تقديم استقالته بإرادته بقولهم : ان القاضي نائب عن العامة ، وحق العامة متعلق بقضاؤه ، فلا يملك عزل نفسه (١٨) •

كما استدلوأ — أيضا — بأن الرسول لا يجوز له عزل نفسه عن الرسالة ، فكذلك القاضي لأنه يفضى الى تأخير استيفاء الحقوق ، وإلى إسقاط الحدود ، لأن الحد عند أبي حنيفة لا يجب في دار خلت من أمامه ، ولأن أبا بكر لو ملك عزل نفسه لما سأل المسلمين عن ذلك (١٩) •

من النصوص الفقهية المؤيدة لهذا الرأي :

جاء في معين الحكام « لا ينعزل بعزل نفسه ، لأنه نائب عن الأمة

(١٦) منتهى الإرادات ج ٢ ص ٥٧٦ •

(١٧) تاريخ القضاء عرنوس ص ١٧٠

(١٨) لسان الحكام ص ٢٢٤ •

(١٩) كتاب الفروع لابن مفلح ج ٦ ص ٤٣٩ •

وحق العامة متعلق بقضائه ، فلا يملك عزل نفسه «(٢٠)» .

الراى الراجح :

وبعد أن استعرضنا آراء الفقهاء ، فيما يتعلق بأحقية القاضى لتقدير استقالته بإرادته فى الفقه الاسلامى وعدمه ، يتضح لنا وجاهة الراى الأول بأن استقالة القاضى بإرادته تعد مبررا لعزله ، إلا أن استعمال هذا الحق يجب ألا يكون مطلقا ، وإنما يجب أن يكون محاطا ببعض الضمانات التى تهدف الى تحقيق مصلحة المسلمين .

من هذه الضمانات ما يلى :

(أ) يجب أن يكون هناك من يصلح للقضاء غيره ، حتى تكون الاستقالة مقبولة وتبرر تنحيه عن ولاية القضاء ، حتى لا تتعطل الأحكام ، لأن مصلحة المسلمين مقدمة على مصلحة القاضى .

(ب) ألا يتعلق بقضائه حق للغير ، منعا لضياع الحقوق على بعض المتخاصمين .

(ج) أن يتم قبول الاستقالة من الامام أو من ينوبه الامام فى ذلك .

فاذا ما تحققت هذه الضمانات ، كانت استقالة القاضى بإرادته مبررا لعزله ، وإذا انتفت فلا يقبل من القاضى عزل لنفسه ، لأن المصلحة العامة للمسلمين مقدمة على مصلحة القاضى الخاصة .

• (٢٠) معين الحكام ص ٣٣ .

— لسان الحكام ص ٢٢٤ .

— مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء ص: ١٤٥ .

الفرع الثاني : استقالة القاضي في القانون كبرر لعزله

يرتبط مبدأ عدم قابلية القاضي للعزل ، بجواز استقالته في أي وقت ، وقد تضمنت المادة ٢/٧٠ سلطة قضائية النص على أن استقالة القاضي بإرادته ، تعد من مبررات عزله ، ونصها « وتعتبر استقالة القاضي مقبولة ، من تاريخ تقديمها لوزير العدل ، إذا كانت غير مقترنة بقيد أو معلقة على شرط » •

يفهم من النص المذكور أن القاضي من حقه أن يقدم استقالته باختياره ، في أي وقت يراه مناسباً بالنسبة له ، وتعتبر هذه الاستقالة من تاريخ تقديمها لوزير العدل مقبولة طالما كانت غير مقيدة بقيد ولا مقترنة بشرط (٢١) •

أما إذا كانت مقيدة بقيد أو معلقة على شرط ، فلا تعتبر مقبولة من تاريخ تقديمها ، وإنما يرجع في ذلك إلى الأصل العام المقرر في نظام موظفي الدولة (٢٢) •

كما تضمنت المادة ٢/٧٧ سلطة قضائية — أيضا — أن القاضي يعتبر مستقلاً إذا انقطع عن عمله ثلاثين يوماً بدون إذن ، ولم يتقدم بعذر مقبول ، ولو كان ذلك بعد انتهاء مدة إجازته أو إعارته أو ندبه لغير عمله (٢٣) •

(٢١) قانون المرافعات د • محمد عبد الخالق ص ٢٣٠ •

(٢٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٦٣ الخاص بتعديل أحكام قانون السلطة القضائية المرفق بتشريعات السلطة القضائية للمستشار يحيى الرفاعي ص ١٨٢ •

(٢٣) محمد عبد الخالق — السابق ص ٢٣٦ •

فاذا تقدم القاضى بعذر مقبول يبرر هذا الغياب فلا يعد القاضى مستقيلا ، هذا فيما يتعلق باستقالة القاضى الاختيارية ، أو استقالته باراته فى القانون •

أما ما يعرف بنظام الإحالة الى المعاش عند بلوغ السن القانونية ، فذلك يعتبر استقالة اجبارية للقاضى ، بمعنى أنه كل من يصل الى الحد المقرر ، يعزل من وظيفته القضائية ، وقد أشارت المادة ٦٩ سلطة قضائية الى سن الاحالة للمعاش ونصها « استثناء من أحكام قوانين المعاشات لا يجوز أن يبقى فى وظيفة القضاء أو يعين فيها من جاوز عمره ستين سنة ميلادية ، ومع ذلك اذا كان بلوغ القاضى سن التقاعد فى الفترة من أول أكتوبر الى أول يوليو ، فانه يبقى فى الخدمة حتى هذا التاريخ دون أن تحتسب هذه المدة فى تقدير المعاش أو المكافأة »

الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه والقانون الوضعى

مما سبق عرضه من آراء لفقهاء الشريعة الاسلامية ، ونصوص قانونية فيما يتعلق بجواز استقالة القاضى باراته يتضح لنا : أن مبدأ جواز استقالة القاضى باراته من المبادئ التى طبقت فى النظامين الوضعى والاسلامى • وان كان هناك بعض الخلاف فى القواعد التى تحكم هذه الاستقالة منها ما هو وارد فى الفقه الاسلامى كضرورة علم السلطان بالاستقالة وقبولها ، وعدم تعيين القضاء على القاضى كشرط لقبول الاستقالة ، ومنها ما هو وارد فى القانون الوضعى كضرورة أن تكون غير مقيدة ، ولا معلقة على شرط كشرط لقبولها يوم تقديمها •

غاية ما فى الأمر أن المبدأ فى النظامين قد طبق ، وتعتبر الاستقالة مبررا لعزل القاضى فى الفقه والقانون ، أما الخلاف فى القواعد التنظيمية فله ما يبرره ، وهو أن كل نظام له أن يضع القواعد التى يراها مناسبة لتحقيق الأهداف التى يبغيها هذا النظام والتى تتلاءم مع أفراد أمته •

والخلاف الذي نراه حقيقيا بين الفقه والقانون هو التحديد الوارد في القانون الوضعي لسبب الاحالة للمعاش وتحديد بسنتين عاما ميلادية، هذا التحديد لم تعرفه الأنظمة القضائية في الفقه الإسلامي ، وذلك لأن أهلية القاضي في الفقه ليس لها حد أقصى ، وإنما كان هناك معيار شرعي تمثل في الصلاحية الكاملة لهذه الولاية ، فما دام القاضي متمتعا بالصلاحية الكاملة لهذا العمل ، فلا يجوز عزله لكبر سنه .

ومن ثم فإن كبر السن لا يعتبر من مبررات عزل القاضي في الفقه الإسلامي ، ولا يعد ذلك قصورا في أحكام الفقه الإسلامي وقواعده ، ولأن العبرة في ممارسة هذه الولاية بالأهلية والصلاحية ، ومن ناحية الأهلية أو الصلاحية فقد أولاها الفقهاء عناية فائقة بحيث لا يستطيع باحث من الباحثين أن يثبت أن أي نظام قضائي حديث أو قديم، قد فاق عناية الفقهاء بشخص القاضي وأهليته ، فإن دل هذا على شيء ، فإنما يدل على مدى صلاحية الفقه الإسلامي وأحكامه لكل عصر من العصور، وإن الشريعة الإسلامية سريعة متطورة ذات صلاحية كاملة في الماضي والحاضر والمستقبل .

نتائج البحث

النتيجة الأولى : إخلال القاضي بواجبات وظيفته كمبرر لعزله في القانون ، يتفق الى حد كبير مع اعتبار الفسق كمبرر لعزل القاضي في الفقه الإسلامي .

النتيجة الثانية : عدم كفاءة القاضي كمبرر لعزله في القانون ، يتفق مع حق الإمام في عزل القاضي للمصلحة والشكوى منه في الفقه الإسلامي .

النتيجة الثالثة : المرض أو العجز كمبرر لعزل القاضي في القانون الوضعي وأحكام الفقه الإسلامي — من حيث البعد — منع

تميّز أحكام الفقه الاسلامي عن القانون الوضعي فيما يتعلق بهذه النتيجة ، لأن المرض أو العجز مبرر لعزل القاضي في الفقه بلا قيد ولا شرط ، أما في القانون فهو مبرر ان أدى المرض أو العجز بالقاضي الى الاخلال بالقيام بآدائه الواجب على الوجه اللائق .

النتيجة الرابعة : اتفاق القانون مع الفقه الاسلامي في جواز تنحي القاضي بآرادته من ولاية القضاة مطلقا في القانون ، وبشرط عدم تعيين القضاء على القاضي عند بعض الفقهاء ، وقبول الامام للاستقالة عند البعض .

النتيجة الخامسة : استقلال القانون في القول بعزل القاضي عند بلوغه سن الستين ، وعدم الاشارة لذلك في الفقه ، لأن ضابط الصلاحية في الفقه مقرون بكمال الأهلية ، دون التقيد بسن معينة .

النتيجة السادسة : صلاحية أحكام الفقه الاسلامي للتطبيق في كل زمان ومكان .

مراجع البحث

أولاً :

١ - القرآن الكريم .

ثانياً : كتب الفقه :

(أ) في الفقه المالكي :

٢ - تبصرة الحكام لابن فرحون في أصول الإقضية ومناهج الأحكام .-

طبعة الحلبي الأخيرة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م .

٣ - شرح الزرقاني على مختصر خليل - مطبعة محمد افندي بمصر .

٤ - فتح الرحيم على فقه الامام مالك بالأدلة للشقنقيطي - طبعة أولى .

١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م دار الطباعة المحمدية .

٥ - الفواكه الدواني للنفراوى - الطبعة الثالثة - الحلبي ١٣٧٤هـ .

- ١٩٥٥م .

٦ - بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي - طبع المكتبة التجارية .

٧ - الشرح الصغير للعودير - طبع مطابع الشركة المصرية للطباعة .

والنشر ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م .

٨ - حاشية الخرشى على مختصر خليل - المطبعة العامرة الشرفية .

سنة ١٣١٧هـ .

٩ - الدسوقي على الشرح الكبير - المطبعة الخيرية ١٣٢٤هـ .

(ب) الفقه الشافعي :

١٠ - نهاية المحتاج للرملي - طبعة الحلبي .

١١ - روضة الطالبين وعدة المفتين للنووي ، تحقيق زهير الشاويش -
مطبوعات المكتب التجاري الاسلامي - بيروت - طبعة ثانية
١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .

١٢ - الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب - مطبعة دار احياء
الكتب العربية .

١٣ - الأحكام السلطانية للماوردي ، الحلبي - الثالثة - ١٣٩٣هـ .
١٤ - فتح الوهاب بشرح منهاج الطلاب للأنصاري - طبعة عيسى الحلبي .
١٥ - فتح المعين بشرح قررة العين للمليباري - دار احياء الكتب العربية .
١٦ - أدب القضاء لابن أبي الدم - تحقيق محيي هلال السرحان - مطبعة
الارشاد / بغداد ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م ، طبعة أخرى تحقيق محمد
مصطفى الزحيلي - دار الفكر - دمشق طبعة ثانية ١٤٠٢هـ -
١٩٨٢م .

١٧ - مفتي المحتاج للخطيب - طبعة الحلبي - ١٣٥٢هـ - ١٩٣٣م .
١٨ - اعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للسيد البكري - طبعة
عيسى الحلبي .

١٩ - حاشية البيهقي على المنهج للأنصاري - طبعة أخيرة ١٣٦٩هـ -
١٩٥٠م الحلبي .

ج) الفقه الحنفي :

٢٠ - معين الحكام للطرابلسي - طبعة ثانية - الحلبي - ١٣٩٣هـ -
١٩٧٣م

٢١ - لسان الحكام لابن الشحنة - طبعة ثانية - الحلبي - ١٣٩٣هـ -
١٩٧٣م .

- ٢٢ - جاشية ابن هابدين - طبعة ثانية - ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م - الحلبي .
 ٢٣ - درر الحكام في غرر الأحكام لملاخيسرو - مطبعة أجند كامل -
 دار السعادة ١٣٢٩ هـ .

- ٢٤ - شرح فتح القدير على الهداية للمرغيناني - طبعة الحلبي .
 ٢٥ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم - الطبعة الأولى -
 المطبعة العلمية .

- ٢٦ - بدائع الصنائع للكاساني - طبعة ثانية - دار الكتب العلمية -
 بيروت ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

- ٢٧ - الاختيار لتعليل المختار للموصلي - طبع الهيئة العامة لشئون
 المطابع الأميرية - ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

- ٢٨ - روضة القضاة وطريق النجاة للسمناني - تقديم صلاح الناهي -
 طبع دار الفرقان ، عمان - الثانية - ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

(د) اللغة الحبلى :

- ٢٩ - المغنى لابن قدامة - تحقيق سالم محيسن وشعبان محبب -
 اسماعيل - طبع الكليات الأزهرية .

- ٣٠ - منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لابن النجار -

تحقيق عبد الغنى عبد الخالق - طبع عالم الكتب .

- ٣١ - القواعد للمحافظ بن رجب - دار المعرفة - بيروت .

- ٣٢ - الاختيارات الفقهية لابن تيمية - إشراف عبد الرحمن حسن
 محمود - نشر المؤسسة السعيدية بالرياض :

- ٣٣ - كشاف القناع عن متني الإقناع للبهوتي - تعليق هلال مصيلحي
 مصطفى ملال - مكتبة النصر الحديثة بالرياض .

٣٤ - الفروع لأبن مفلح - مراجعة عبد الستار فسراج - طبعة عالم.

الكتب - بيروت - ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

(هـ) في الفقه النكاهي :

٣٥ - المحلى لأبن حزم - طبعة دار الفكر بيروت - تحقيق أحمد محمد .

شاكز - منشورات الكتب التجارية - بيروت .

(و) في فقه الشيعة :

أولاً : الفقه الإباضي :

٣٦ - شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأبن أطفيش - مكتبة الإرشاد .

السعودية - ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

ثانياً : في الفقه الإمامي :

٣٧ - شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للمحلى - طبعة دار

الأضواء - طبعة ثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

ثالثاً : في الفقه الزيدي :

٣٨ - عيون الأذهار في فقه الأئمة الأطهار لأحمد بن يحيى المرتضى -

تعليق الشيخ صادق مرسى - طبعة دار الكتاب اللبناني -

١٩٧٥ - الطبعة الأولى .

ثالثاً : المراجع اللغوية :

٣٩ - القاموس المحيط للفيروزآبادي الحلبي .

٤٠ - لسان العرب لأبن منظور - طبعة دار المعارف .

٤١ - تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي - المطبعة الخيرية -

١٣٠٦ هـ .

٤٣ - التعريفات للجرجاني - مكتبة لبنان - ساحة رياض الصلح -

بيروت ١٩٨٥ م •

٤٣ - المصباح المنير للفيومي - المكتبة العلمية - بيروت •

وأما : المراجع القانونية :

٤٦ - القانون القضائي الخاص - د/ ابراهيم نجيب - دار المعارف •

٤٧ - الوسيط في قانون القضاء المدني - د/ فتحي والي - طبعة ثانية

- ١٩٨١ م •

٤٨ - قانون القضاء المدني - د/ محمود هاشم - دار الفكر العربي •

٤٩ - الوسيط في شرح قانون المرافعات - د/ أحمد السيد صاوي

دار النهضة ١٩٨٧ م •

٥٠ - الوجيز في قانون القضاء المدني - د/ محمد نور شحاته -

بدون مطبعة •

٥١ - استقلال القضاء - د/ محمد نور شحاته - دار النهضة •

٥٢ - حرية الدفاع - المستشار طه أبو الخير - طبعة أولى ١٩٧١ -

منشأة المعارف •

٥٣ - الوجيز في المرافعات المصرية د/ عبد الفتاح السيد - طبعة

النهضة الثانية ١٩٥٧ م •

٥٤ - الوجيز في قانون المرافعات د/ رمزي سيف - مطبعة النهضة -

١٩٥٧ م •

٥٥ - أصول المرافعات - د/ نبيل اسماعيل عمر - نشر منشأة المعارف •

٥٦ - المرافعات المدنية والتجارية د/ عبد الحميد أبو حيف - مطبعة

الاعتماد - ١٣٤٠ هـ ١٩٢١ م •

- ٥٧ - قانون المرافعات د/ محمد عبد الخالق عمر - دار النهضة ١٩٧٨م
 ٥٨ - قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م .
 ٥٩ - تشريعات السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ - تعليق
 المستشار / يحيى الرفاعي .

خامسا : مراجع فقهية حديثة :

- ٦٠ - أهلية القاضى ونزاعته فى الشريعة الاسلامية د/ عبد الرحمن
 عبد القادر - مكتوبة على الآلة النسخة لطلبة الدراسات العليا -
 حقوق أسبوط .
 ٦١ - التنظيم القضائى فى الفقه الاسلامى / محمد مصطفى الزحبي -
 دار الفكر - دمشق ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م .
 ٦٢ - نظام القضاء فى الاسلام د/ ابراهيم عبد الحميد - مذكرات على
 الآلة النسخة .
 ٦٣ - التنظيم القضائى الاسلامى د/ حامد أبو طالب - طبعة أولى -
 ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م مطبعة السعادة .
 ٦٤ - تاريخ القضاء فى الاسلام / محمود عرنوس - نشر مكتبة
 الكليات الأزهرية .

سادسا : وسائل علمية :

- ٦٥ - رسالة دكتوراه « مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء »
 د/ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم - مقدمة لكلية حقوق
 القاهرة ١٩٧٣م .
 ٦٦ - « استقلال السلطة القضائية فى النظامين الوضعى والاسلامى »
 رسالة دكتوراه مقدمة لكلية حقوق عين شمس من يس عمر
 يوسف - ١٩٨٤م .

شهادة النساء مراتبها ونصابها

دراسة فقهية مقارنة

مكتوز / الليثي حمدي خليل الليثي

مدرس بقسم الفقه المقارن

بكلية الشريعة والقانون بأسسوط

تقديم :

الحمد لله الذي أمرنا بشادة الحق ، وقول الصدق « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين » (١) « كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى » (٢) ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ، ومن تبعهم باحسان وتوفيق الى يوم المشهد العظيم — وبعد : —

فنظرا لأهمية الشهادة ، وصعوبة الاستغناء عن شهادة المرأة — اذ في هجرها ضياع لكثير من الحقوق — بل تحتّم ضرورات الحياة اعتبارها والعمل بها ، وفي ذلك نفع غميم ، فقد استخرت الله تعالى ، واستعنت به ، في لقاء الضوء على هذا الموضوع ، وتناولته في الفقرات التالية :

معنى الشهادة وأهميتها — شهادة النساء أصل — مراتب شهادة المرأة — نصاب هذه الشهادة — شهادة النساء ويمين المدعى .

(١) النساء : ١٣٥ .

(٢) المائدة : ٨ .

أولاً - معنى الشهادة :

هي في اللغة (٣) : أصلها الحضور ، من قولهم شهد المكان أى حضره ، والمشاهدة : المعاينة مع الحضور ، فهي خبر قاطع بما حضر وعائين .

وقيل : هي مأخوذة من العلم ، لقوله تعالى (شهد الله أنه لا اله الا هو) (٤) بمعنى علم وبين ، كأن الشاهد يبين ما يوجب حكم القاضى .

وتسمى الشهادة : بيينة ، لأنها تبين ما التمس ، وتكشف الحق فيما اختلف فيه .

وفى الاصطلاح :

هي اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة فى مجلس القضاء (٥) ولها تعريفات أخرى كثيرة ، لا تفرج عن كونها : اخبار عما علم بلفظ الشهادة .

(٣) لسان العرب لابن منظور ، ط دار المعارف ، مادة : شهد .

القاموس المحيط للفيروزآبادى ، ط الحلبي ، ط ثانية ١٩٥٢م ٣١٦/١ ،

النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لابن بطيالى الركبى ٣٢٤/٣ ،

ط دار المعرفة - ط ثانية ١٩٥٩م .

(٤) آل عمران : ١٨ .

(٥) فتح القدير للكمال بن الهمام ٣٦٤/٧ ط دار الفكر - بيروت

- لبنان ، اللباب فى شرح الكتاب : عبد الفتى القنىمى ١٠٦/٣ .

ط المعاهد الأزهرية .

مشروعيتها :

الشهادة مشروعة والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع والمعقول.

١ - فمن الكتاب : آيات كثيرة منها :

(أ) قوله تعالى « وأشهدوا إذا تباعتم » (٦) •

(ب) وقوله سبحانه « وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » (٧) •

(ج) قوله عز وجل « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » (٨) •

وجه الدلالة من النصوص الكريمة واتضح ، للامر بها ، والأمر يقتضى طلب الفعل ، والمحق تعالى لا يطلب منا الا ما هو مشروع لنا •

٢ - ومن السنة : نقتطف الآتى :

(أ) عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبی صلى الله عليه وسلم قال لرجل : ترى الشمس ؟ قال : نعم ، قال : على مثلها فاشهد •
فودع (٩) •

(ب) روى مسلم في صحيحه عن زيد بن خالد الجهنى أن النبی صلى الله عليه وسلم قال « ألا أخبركم بخير الشهداء ؟ هو الذى يأتى

(٦) البقرة : ٢٨٢ •

(٧) الطلاق : ٢ •

(٨) البقرة : ٢٨٢ •

(٩) سبل السلام : للصنعاني ١٣٠/٤ ط الحلبي ، ط رابعة ١٩٦٠م

بالشهادة قبل أن يسألها » وفي رواية لأحمد « الذين يبدؤون بشهادتهم من غير أن يسألوا عنها و (١٠) •

(ج) عن الأئمة بن قيس قال : كان بيني وبين رجل خصومة في بئر ، فاختصمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « شاهدك أي يمينه » (١١) •

من جملة هذه الأحاديث — وغيرها كثير — تظهر مشروعية الشهادة ، اذ بينت مكانتها ، وكذلك توقف الحكم عليها •

٣ — وجمع الفقهاء على مشروعية الشهادة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا دون نكير من أحد (١٢) •

٤ — والمعقول يشهد لها ، لأن الحاجة داعية اليها ، للحصول المتجاذب بين الناس ، فوجب الرجوع لها ، خوف فوات الحق وضياع العدل واستحكام الظلم ، قال شريح : القضاء جمر ففنه عك بعوجين — يعنى الشاهدين — وانما الخصم داء ، والشهود شفاء ، فالفرد الشفاء على الداء (١٣) •

(١٠) المصدر السابق ١٢٦/٤ ، نيل الأوطار : للشوكاني ٢٩٦/٨
الناسخ : مكتبة الدعوة الاسلامية — شباب الأثر •

(١١) المرجع السابق ٣٠٢/٨ •

(١٢) المغنى لابن قدامة ٤/١٢ ط دار الفكر — لبنان — ط اول عن
وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية بالكويت ١٩٨٤م ، الشرح الكبير :
الشمس الدين بن قدامة ٣/١٢ مطبوع أسفل المغنى السابق ، مغنى
المحتاج : الشرييني الخطيب ٤/٤٢٦ ط الحلبي ١٩٥٨م •

(١٣) المغنى والشرح الكبير ٤/١٢ •

أهمية الشهادة وخطورتها :

من وجه المبحول السابق تظهر لنا أهمية الشهادة ومكانتها ، لذلك دعا الله تعالى لتحملها وأدائها « ولا يَأْبُ الشُّهُدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا » (١٤) ، بل حكم بالاثم على كتمانها « ولا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ » (١٥) . وخص القلب بالاثم ، لأنه موضع العلم بها ، ولأن الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الأمانات • ٥

لذا : نهى الحق تعالى عن إيقاع الضرر بالشهود « ولا يَضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ » (١٦) ، بل أمر النبي صلى الله عليه وسلم باكرام الشهود - اظهارا لمكانة الشهادة ، وكونها من أعلى وسائل الإثبات (١٧) وبها يستخرج الحق ويدفع الظلم - فقال « أكرموا الشهود ، فإن الله يستخرج بهم الحقوق ، ويدفع بهم الظلم » (١٨) ، والمراد بهم شهود الصق •

أما شهادة المكذب فهي من أكبر الكبائر ، وشهود الزور جزاؤهم النار - إذ بأقوالهم يختل ميزان العدل ، وينتشر الظلم ، وتضيع الطمأنينة من القلوب - روى البخاري ومسلم في حديث أبي بكر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أَلَا أُنبِّئُكُمْ بِكَبِيرِ الْكِبَائِرِ ، قُلْنَا بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ ، قَالَ : الْإِشْرَاقُ بِاللَّهِ ، وَعَقُوقُ الْوَالِدَيْنِ ، وَكَانَ مَكْنَةً

• (١٤) البقرة : ٢٨٢

• (١٥) البقرة : ٢٨٣

• (١٦) البقرة : ٢٨٢

(١٧) ولا يتقدمها في ذلك سوى الاقرار ، باعتباره سيد الأدلة -

(١٨) المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة عن

الأسنة : للسخاوي ص ٧٨ ط الخانجي بمصر •

عجلس وقال : ألا وقول الزور ، وشهادة الزور ، فما زال يكررها حتى
عزلنا : ليته سكت » (١٩) •

وروى ابن ماجه عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال « لن تزول قدم شاهد الزور حتى يوجب الله له النار » (٢٠) •

ثانياً - شهادة النساء أصل لا بدل :

شهادة المرأة ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع والمعتول ، ولم
يخالف أحد من الفقهاء في مشروعيتها جملة •

لكن هل شهادتها أصل ، أم بدلية حالة عدم حضور الرجال ؟

أقول للفقهاء (٢١) :

١ - ذهب بعض العلماء : الى أنها بدلية حقيقة ، لا تقبل إلا عند
عدم رجال يشهدون ، لظاهر قوله تعالى « فإن لم يكونا رجلين ، فرجل
وامرأتان » (٢٢) فالآية ظاهرة أنه لا تقبل شهادتين إلا حالة عدم
ذكر يشهدون •

ولأن الأصل فيها عدم القبول لفقاص العقل واختلال الضبط
وقصور الولاية ، فكانت شهادتهما بدلية ليست أصلية •

(١٩) نيل الأوطار ٢٩٩/٨ •

(٢٠) المصدر انساب نفس الصفحة •

(٢١) الهداية للميرغيناني ، فتح القدير ، العناية على الهداية
للإبرتي ٣٦٩/٧ : ٣٧٤ ، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية
لابن قيم الجوزية ص ١٦٠ ، ١٧١ ط المدني للطباعة والنشر ، الجامع
لاحكام القرآن الكريم للقرطبي ٣/٣٩١ ط دار الفكر - بيروت - لبنان •
(٢٢) البقرة : ٢٨٢ •

٢ - وذهب عدد من الفقهاء : الى أن فيها شبهة البدلية ، لقوله تعالى « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » ، فظاهر الآية أنه لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون ، لكن لما لم يكن ذلك معمولاً به عند أهل الاجماع ، نزلت الى شبهة البدلية ، ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة •

٣ - وذهب فريق ثالث : الى أن شهادة النساء أصل (٢٣) ، بدليل جوازها مع امكان العمل بشهادة الرجلين ، ولأن الأصل فيها القبول لاستوائها مع الرجل في حصول ما تقوم به الشهادة ، وهو المشاهدة والأداء •

ولعموم قوله تعالى « وأشهدوا اذا تباعتم » وقوله « ولا ياب الشهداء اذا مادعوا » وقوله « ولا تكتموا الشهادة » وقوله سبحانه « وأقيموا الشهادة لله » فعموم هذه النصوص تشملها ، وهن ضمن من أمر بعدم الامتناع حين الدعوة للشهادة ، وبعد كتمانها ، وكيف يطالبن بإقامة الشهادة لله ، وتكون شهادتهن ليست أصلاً •

قال البابرتي : عن شهادة النساء : فانها جائزة ، مع امكان العمل بشهادة الرجلين •

ورد الكمال بن الهمام على من جعل شهادة النساء بدلية ، ولا تصح الا عند عدم رجال يشهدون ، فقال : لم يكن ذلك معمولاً به عند أهل الاجماع •
الراجح :

ونميل لهذا القول الأخير باعتبار شهادة النساء أصلاً - نعم

(٢٣) في الأمور التي تقبل فيها ، سواء مع رجل أو بدونه ، حسب أقوال الفقهاء في ذلك •

شهادة الرجل أقوى الطرق وأولاها ، لأن النساء يتعذر غالبا حضورهن مجالس الحكم ، ومكانهن البيت ، ويقل ضبطهن ، لذا قدم الحق تعالى الرجال « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » لتوافر الرجال في كل مكان ، غالبا ، وعدم المخرج لهم ، وآخر النساء « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » لما ذكرنا ، وليس لكون شهادتهن بدلية — وتصح مع امكان العمل بشهادة الرجلين ، واستظهر ذلك كثير من العلماء :

قال ابن القيم : بعد أن أورد قول الله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » (٢٤) — فان قيل : فظاهر القرآن يدل على أن الشاهد والمرأتين بدل عن الشاهدين ، وأنه لا يقضى بهما الا عند عدم الشاهدين .

قيل : القرآن لا يدل على ذلك ، فان هذا أمر لأصحاب الحقوق بما يحفظون به حقوقهم ، فهو سبحانه أرشدهم الى أقوى الطرق ، فان لم يقدروا على أقواها انتقلوا الى ما دونها ، فان شهادة الرجل الواحد أقوى من شهادة المرأتين ، لأن النساء يتعذر غالبا حضورهن مجالس الحكم ، وحفظهن وضبطهن دون حفظ الرجال وضبطهم ، ولم يقل سبحانه : أحكموا بشهادة رجلين ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان — ثم أضاف — فالرجل والمرأتان أصل لا بدل .

وقال القرطبي : المعنى ان لم يأت الطالب برجلين ، فليأت برجل وامرأتين ، وهذا قول الجمهور وقال قوم : بل المعنى فان لم يكن رجلا ، أى لم يوجد فلا يجوز استشهاد المرأتين الا مع عدم الرجال ، قال ابن عطية : وهذا ضعيف ، فلفظ الآية لا يعطيه ، بل الظاهر منه قول الجمهور ، أى ان لم يكن المستشهد رجلين ، أى ان

فجعل ذلك صلاح الحق ، أو قصده اعذر ما ، فلو استشهد رجلا
أو امرأتين ، فجعل تعالى شهادة المرأتين مع الرجل جائزة مع وجود
الرجلين .

لذا : فاذلولى القول بأن شهادة النساء أصل — وليست بدلا —
وتصح شهادة المرأتين مع الرجل ، مع توافر الرجال ، والله أعلم
بالصواب .

الثالث — مراتب شهادة النساء (٢٥) :

المرتبة : هي الدرجة أو المكان الذى يشغله الانسان ، أو العمل
الذى يؤدیه ، حسب كفاءته ، وقدرته على القيام به .

ومرتبة أى شىء لا تخرج عن كونها : عليا ، أو مرتبة دنيا ،
ووسط بينهما .

وشهادة النساء على هذه المراتب الثلاث ، وبيانها كالآتى :

١ — الأولى : العليا :

وهى قبول شهادة النساء منفردات — دون جنس الرجال
معهن — وذلك فى الأمور الخاصة بهن كالولادة والاستهلال

(٢٥). الهداية وشروحها ٣٦٩/٧ : ٣٧٤ : بداية المجتهد : لابن
رشد الحفيد ٤٣٨/٢ توزيع دار الفكر — القاهرة ، معنى المحتاج ٤٤٢/٤
المهذب للشيرازى ٣٣٣/٢ ط دار المعرفة — لبنان ١٩٥٩ م ، كشف
القناع عن متن الاقتناع للبهوتى ٤٣٦/٦ ط عالم الكتب — لبنان ، المبنى
والشرح الكبير ١٦/١٢ ، المحلى لابن حزم ٣٩٦/٩ ط دار التراث القاهرة
الطرق الحكيمة ص ١٦٣ ، الأزهار : المهدي المرتضى ص ٤٣٧ ط دار الكتاب
للبناني ، شرائع الاسلام للمحقق المحلى ٢٣٧/٢ منشورات دار مكتبة
الحياة .

يعيوب النساء تحت الثياب ، وكل ما لا يطلع عليه الرجال ، وهذا قول جمهور الفقهاء (٢٦) ، قال ابن قدامة : لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة .

وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قبل شهادة امرأة واحدة في الرضاع ، إذ روى أحمد والبخاري عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي اهاب فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما ، فقال : فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فأعرض ، عنى ، قال : فتتحيث فذكرت ذلك له ، فقال : وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، فنهاء عنها ، وفي رواية « دعها عنك » (٢٧) .

وقال صلى الله عليه وسلم « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع للرجال النظر اليه » (٢٨) .

وصح عن شريح : أنه أجاز شهادة أربع نسوة منفردات على رجل في صلاح امرأة .

وأجاز سيدنا عمر شهادة أربع نسوة في الطلاق وقضى بها ، ووصح عن إياس بن معاوية : قبول امرأتين في الطلاق ، وفي رواية عن سيدنا علي : أن امرأة وطئت صبياً ، فشهد عليها أربع نسوة ، فأجازا

(٢٦) وفي رواية عن سيدنا علي بن أبي طالب قال : لا تجوز شهادة النساء بحتاً حتى يكون معهن رجل ، وصح ذلك عن عطاء بن أبي رباح وعمر بن عبد العزيز ، ونسب ذلك ابن حزم الى زفر من الحنفية ، حيث جاء في المحلى : فقال زفر صاحب أبي حنيفة : لا يجوز قبول النساء المنفردات دون رجل في شيء أصلاً ، لا في ولادة ولا في رضاع ولا يعيوب النساء ، ولا في غير ذلك ، وأجاز من مع رجل في الطلاق والنكاح والمتق (الطرق الحكمية ص ١٦٣ ، المحلى لابن حزم ٣٩٦/٩) .

(٢٧) نيل الأوطار ٣١٩/٦ .

(٢٨) نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزمامي ٨٠/٤ .

شهادتهن ، وفي رواية عن عطاء أنه قال : لو شهد عندى ثمان نسوة على امرأة بالزنى لرجمتها ، وصح ذلك عن ابن حزم (٢٩) .

٢ - الثانية - الوسطى :

وهي قبول شهادة النساء مع الرجال ، وذلك في الحقوق المالية ، وكل ما يقصد به المال ، كالبيع والاجارة والمهبة والوصية والرهن والضمان ، وكل ما شابه ذلك (٣٠) ، على أن تقوم شهادة كل امرأتين مقام شهادة رجل واحد ، لقوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » (٣١) ، فنص على ذلك في السلم وقسنا عليه المال ، وكل ما يقصد به المال ، حيث تجوز شهادة رجل وامرأتين معه (٣٢) ، باتفاق الفقهاء ، يقول ابن رشد : واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين .

وبعد أن أورد ابن قدامة صحة شهادة رجل وامرأتين في الأموال ، قال : وأجمع أهل العلم على القول به .

(٢٩) الطرق الحكمية ص ١٦٢ ، ١٦٤ المحل ٣٩٦/٩ : ٤٠٥ .

(٣٠) وأطلق ذلك طائوس في كل شيء ، عدا الزنى ، حيث قال . تجوز شهادة النساء في كل شيء مع الرجال الا الزنى . من أجل أنه لا ينبغي أن ينظرن الى ذلك (المرجع السابقين ص ١٦٣ ، ٣٩٧/٩) .
(٣١) البقرة : ٢٨٢ .

(٣٢) وأجاز الظاهرية صحة الاكتفاء بأربع نسوة منفردات دون رجل ، قال ابن حزم في المحل ٣٩٦/٩ : ولا يقبل في سائر الحقوق كلها من الحدود والنساء وما فيه . القصاص والنكاح والطلاق والرجعة والأموال الا رجلان مسلمان عدلان ، أو رجل وامرأتان كذلك ، أو أربع نسوة كذلك .

وقال ابن المنذر : وأجمعوا على أن شهادة النساء جائزة من الرجال في الدين والأموال (★) .

٣ - الثالثة - الحنيا :

وهي عدم قبول شهادتين مطلقا ، لا منفردات ، ولا مع رجل ، وذلك في الحدود والقصاص (٣٣) ، وهذا قول جمهور الفقهاء (٣٤) ،

(★) الاجماع : محمد بن ابراهيم بن المنذر ، تحقيق وتعليق : عبد الله عمر البارودي ص ٦٦ ط دار الجنان للطباعة والنشر والتوزيع - لبنان - ط أولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

(٣٣) وأضاف بعض الفقهاء - منهم النخعي وربيعه والشافعي وابن حنبل وأهل المدينة والزهري وسعيد بن المسيب وقتادة والليث ابن سعد والحسن البصري - مع الحدود والقصاص : النكاح والطلاق كذلك ، مع اختلاف بينهم ، وأضاف الامام مالك وآخرون ، لكل ماسبق : الرجعة والعق والنسب والولاء والاحسان ، حيث لا تقبل في كل ذلك شهادة النساء منفردات ، ولا مع رجل (الطرق الحكمية ص ١٦٢ : ١٦٥ المحل ٣٩٥/٩ : ٤٠٥ ، المغني والشرح الكبير ٨/١٢ ، بداية المجتهد ٣٤٨/٢ ، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ص ٤٦٩ ط دار الكتب العلمية - بيروت - ط أولى ١٩٨٧ م) .

(٣٤) وحكى عن عطاء وحامد أنهما قالا : تجوز في حد الزنى شهادة ثلاثة رجال وامرأتين ، وفي بقية الحدود والقصاص قالا : يقبل رجل وامرأتان فقط ، لأنه نقص واحد من عدد الرجال ، فقام مقامه امرأتان ، قياسا على الشهادة في الأموال .

وأجاز الظاهرية : شهادة النساء منفردات في كل شيء - على أن تقوم شهادة كل امرأتين مقام شهادة رجل واحد - حتى الزنى ، أجازوا فيه شهادة ثمان نسوة منفردات ، يقول ابن حزم : ولا يجوز أن يقبل في الزنى أقل من أربعة رجال عدول مسلمين ، أو مكان كل رجل امرأتان مسلمتان عدلتان ، فيكون ذلك ثلاثة رجال وامرأتين ، أو رجلين واربعة نسوة ، أو رجلا واحدا وست نسوة ، أو ثمان نسوة فقط . وهي رواية أخرى عن عطاء حيث قال : لو شهد عندي ثمان نسوة على امرأة بالزنى لرجعتها (المغني والشرح الكبير ٦/١٢ ، ٧ ، المحل ٣٦٥/٩ ، الطرق الحكمية ص ١٦٤) .

يل حكى ابن المنذر الاجماع على ذلك في الحدود ، فقال : وأجمعوا على أن شهادتهم لا تقبل في الحدود (٢٨٢) *

واستدل الجمهور : على عدم قبول شهادتهم هنا لا منفردات ولا مع رجل ، بأن هذا مما يحتاج لحركه واسقاطه ، ولهذا يندري بالشبهات ولا تدعو الحاجة الى اثباته ، وفي شهادة النساء شبهة بتظليل قوله تعالى « أن تضل أحداهما فتذكر أحداهما الأخرى » (٣٥) ، ولأن شهادة امرأتين مكان شهادة رجل واحد « فان لم يكونا رجلين ، فرجل وامرأتان » (٣٦) *

وكذلك لنقصان عقل المرأة ، واختلال ضبطها وقصور ولايتها ، لذا لا تصلح للامارة ، ولا تقبل شهادتهم وان كثرن — عند الجمهور — مالم يكن معهن رجل في الأموال ، فوجب أن لا تقبل شهادتهم هنا *

ولا يصح قياس هذا على الأموال ، لأن شهادتهم قبلت في الأموال ، ضرورة احياء حقوق العباد لكثرة وقوعها ودنو خطرها ، فلا يلحق بها ما هو أعظم خطرا وأقل وجودا كالحدود والقصاص *

(*) الاجماع لابن المنذر — المصدر السابق — ص ٦٦ *

(٣٥) البقرة : ٢٨٢ *

(٣٦) البقرة : ٢٨٢ ، وهذه الآية تومي الى الترتيب وليس مطلق التخيير ، وهي على سياق قوله تعالى « فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام » ، المائدة : ٨٩ ، قال الكمال بن الهمام : الآية ظاهرة في أنه لا تقبل شهادتين الا عند عدم رجال يشهدون ، وقد روى عن بعض العلماء ذلك ، فاعتبر حقيقة البدلية ، لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع. نزلت الى شبهة البدلية ، والشبهة كالحقيقة فيما يندري بالشبهات « نتج القدير ٣٧٠/٧ » *

والإمسا - نصاب (٣٧) شهادة النساء (٢٨)

ذكرنا مراتب شهادة المرأة الثلاث ، وحيث قبلت شهادة النساء منفردات ، فقد اختلف الفقهاء في نصاب هذه الميمنة لأقوال أربعة :

المقول الأول :

نصاب شهادة النساء منفردات أربع ، ولا يقبل أقل من أربع نسوة ، وهو قول الشافعية والظاهرية (٣٩) وأبى ثور وقتادة وعطاء ، ورواية عن الشعبي والنخعي وابن شبرمة •

وحليلهم :

أن أقل الشهادات رجلان ، وشهادة امرأتين بشهادة رجل واحد ، بدليل قوله تعالى « فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » (٤٠) •
فأقام المراتين مقام الرجل الواحد ، وقال صلى الله عليه وسلم

(٣٧) النصاب : في اللغة : الأصل (القاموس المحيط ١/١٣٨) •

ويطلق ويراد به قدر ثابت محدد اذا وصله الشيء ترتب عليه حكمه •

والمراد في - مطلق - الشهادة : عدد معين اذا وصل الشهود له

صارت شهادتهم كاملة ، وهو يختلف باختلاف أنواع الشهادة •

والمراد به هنا : عدد النساء المطلوب لتكون شهادتهن كاملة •

(٣٨) الهداية وشروحها : ٣٧٢/٧ ، الكافي في فقه أهل المدينة

ص ٤٦٩ ، بداية المجتهد ٢/٣٤٨ ، المهذب ٢/٣٣٥ ، المنهاج والشرح الكبير

١٧/١٢ ، ١٨ ، الطرق الحكمية ص ١٦٥ : ١٦٧ ، المحلى ٩/٣٩٩ : ٤٠٥

الأزهار ص ٤٣٧ ، فتح الباري لابن حجر ٥/٢٦٦ ط دار الفكر - لبنان •

(٣٩) واستثنى من ذلك الظاهرية - وعلى رأسهم داود الظاهري -

الرضاع ، حيث أجازوا فيه شهادة امرأة واحدة (المحلى ٩/٣٩٩ ، الطرف

الحكمية ص ١٦٥) •

(٤٠) البقرة : ٢٨٢ •

« شهادة امرأتين منكن بشهادة رجل » (*) فكل امرأتين مقابل رجل واحد ، فتححتاج البينة الى أربع نسوة حتى تتكامل •

القول الثانى :

ذهب اليه عثمان البتى : لا يقبل فيما يقبل فيه النساء منفردات الا ثلاث نسوة ، لا أقل من ذلك •

ودليله :

أن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة — رجل وامرأتان — فيشترط أن يكون عددهن ثلاثة كذلك ، كما لو كان معهن رجل •

القول الثالث :

تقبل امرأتان فى كل ما يقبل فيه النساء منفردات ، وهو قول المالكية والحنابلة وابن أبى ليلى وأبى عبيد ، ورواية عن الحنابلة وابن شبرمة والنورى •

ودليلهم :

أن كل جنس يثبت به الحق ، كفى فيه اثنان كالرجال ، لا أقل من ذلك ، لأن الرجال أكمل منهن عقلا ولا يقبل منهم الا اثنان ، فالنساء أولى بذلك ، فلا يقل عددهن عن اثنتين •

ولأن المعتبر فى الشهادة امرأتان : العدد ، والذكورة ، وقد سقط اعتبار الذكورة ، فبقى العدد •

(*) سنن الترمذى ١٠/٥ ط الحلبي ، وبلغز قريز ، بنفس المعنى : صحيح مسلم بشرح النووى ١١٩/١ ، ابن ماجة : فى كتاب الفتن ، باب فتنة النساء •

القول الرابع :

ذهب إليه الحنفية - والراجح عند الحنابلة - وطاوس وحماد والميث بن سعد ، ورواية عن سفيان الثوري والشعبي وعطاء ، وكثير من الفقهاء :

وهو أنه تقبل في شهادة النساء منفردات ، شهادة امرأة واحدة فقط (٤١) .

ودليلهم : من السنة والمعقول :

فمن السنة :

(أ) أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة امرأة واحدة في الرضاع وقضى بها ، وذلك فيما رواه أحمد والبخاري عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، قال : فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فأعرض عني ، قال : فتنحيت فذكرت ذلك له ، فقال : وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، فنهاه عنها « وفي رواية « دعها عنك » (٤٢)

(٤١) قال طاوس : تجوز شهادة المرأة الواحدة في الرضاع ، وإن

كانت سوداء .

وقال حماد بن أبي سليمان : تقبل في الاستهلال المرأة الواحدة ،

وإن كانت يهودية .

وروى أن سيدنا علي : أجاز شهادة القابلة وحدها ، وروى ذلك عن

أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الاستهلال ، وإن عمر ورث بذلك ،

وهو قول الزهري والنخعي - في أحد قوليهِ - وهو قول الحسن البصري

وشريح وأبي الزناد ويحيى بن سعيد الأنصاري وربيعة .

وصح عن معاوية : أنه قضى في دار بشهادة أم سلمة أم المؤمنين

رضي الله عنها ، ولم يشهد بذلك غيرها . (المغني والشرح الكبير ١٧/١٢ ،

المجلد ٩/٣٩٩ ، ٤٠٠ ، الطرق الحكيمة ص ١٦٦) .

(ب) وقال صلى الله عليه وسلم « شهادة النساء جائزة فيمنه
لا يستطيع الرجال النظر اليه » (٤٣) •

وجه الدلالة : أن أنجمع المحلى بالآلف واللام — إذا لم يكن
ثمة معهود — يراد به الجنس ، فيتناول الأقل ، فيصدق على المرأة
الواحدة ، فتكفى شهادتها هنا •

ومن المعقول :

فقد سقطت هنا الذكورة بالاتفاق ليخف النظر ، لأن نظر الجنس
الى جنسه أخف ، فكذا يسقط اعتبار العدد لعللة التخفيف •

الراجع :

ونميل لقول أئجهور الأخير ، وهو قبول شهادة المرأة الواحدة ،
في الأمور التي تقبل فيها شهادة النساء منفردات ، لثبوت ذلك عن
النبي صلى الله عليه وسلم وحكمه بها ، وثبت ذلك عن الخلفاء
الراشدين والصحابه الأجله ، وكثير من فقهاء الأمصار (٤٤) ، مما
يجعل لهذا القول وزنا ، يضاف لذلك ، قوة ما استدلوأ به •

وأذا كانت شهادة النساء منفردات أجهزت للضرورة ، فمن
الضرورة كذلك أن تصح بواحدة فقط ، ربما لا يتوافر غيرها •

ولأن ما قبل فيه قول النساء على انفراد ، لم يشترط فيه العدد
كالرواية (٤٥) ، والله تعالى أعلم بالصواب •

(٤٢) نيل الأوطار ٣١٩/٦ •

(٤٣) نصب الراية ٨٠/٤ •

(٤٤) راجع هامش ٤١ •

(٤٥) الترق الحكمة ص ٩٢ •

خامسة — شهادة النساء ويمين المدعى :

فكرنا في المرتبة الثانية لشهادة النساء أنها في الأموال تصح مع الرجال — رجل وامرأتان — وإذا عدم الرجل ، فهل تصح شهادة امرأتين ويمين المدعى ؟ *

نبين ذلك فيما يلي (٤٦) :

أولا :

الحنفية وآخرون : لا يجيزون الشاهد واليمين مطلقا ، فيشترط عندهم اكتمال نصاب الشهادة كاملا ، أو يمين المدعى عليه لا غير ، لقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجالا فمن رجل وامرأتان » (٤٧) فمن قال بشهادة رجل ويمين المدعى ، أو امرأتين ويمين المدعى فقد زاد في النص ، والزيادة نسخ ، فلا تصح *

ولقوله صلى الله عليه وسلم « البيينة على المدعى واليمين على من أنكر » (٤٨) فحصر اليمين في جانب المدعى عليه ، كما حصر البيينة في جانب المدعى لا غير *

لذا : فالأمر عندهم في الأموال رجل وامرأتان ، وفي شهادة النساء منفردات تكفى واحدة دون يمين *

ثانيا :

ذهب جمهور الفقهاء وأكثر أهل العلم : الى صحة الحكم بشاهد

(٤٦) الباب في شرح الكتاب ٨٣/٣ ، المغنى والشرح الكبير

١٠/١٢ : ١٢ ، الطرق الحكمية ص ١٧٠ : ١٧٢ *

(٤٧) البقرة : ٢٨٢

(٤٨) نيل الاوطار ٣٠٥/٨

واحد ويمين المدعى ويثبت المال بذلك ، اذ روى أن النبي صلى الله عليه وسلم
 « قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق » (٤٩) وتواتر
 ذلك بين الفقهاء ، لا ينكره أحد ، ولأن اليمين تشرع في حق من ظهر
 صدقه وقوى جانبه ، ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقسوة جذبته
 بها ، وفي حق الذكر لقوة جنبته — اذ الأصل براءة ذمته — والمدعى
 هنا قد ظهر صدقه — بالشاهد — فوجب أن تشرع اليمين في حقه خوفاً
 من حقوته .

والله تعالى جعل شهادة امرأتين مكان رجل ، فكذلك اليمين .
 وبناءً على قول الجمهور بصحة الشاهد واليمين ، هل تصح شهادة
 امرأتين ويمين المدعى ؟ قولان للفقهاء :
 أحدهما :

يصح قبول شهادة امرأتين ويمين المدعى ، يقول ابن القيم :
 وظاهر القرآن والسنة يدل على صحة هذا القول ، فإن الله سبحانه
 أقام امرأتين مقام الرجل ، والنبي صلى الله عليه وسلم قال في الحديث
 الصحيح « أليست شهادة المرأة نصف شهادة الرجل ؟ قلن بلى » (٥٠)
 فهذا يدل بمنطوقه على أن شهادتها وحدها على النصف ، وبمفهومه
 على أن شهادتها مع مثلها كشهادة الرجل ، وليس في القرآن ولا في
 السنة ولا في الاجماع ما يمنع من ذلك ، بل القياس الصحيح يقتضيه ،
 فإن امرأتين اذا قامتا مقام الرجل — اذا كانتا معه — قامتا مقامه وان
 لم تكونا معه ، فان قبول شهادتهما لم يكن لمعنى للرجل ، بل لمعنى
 فيهما ، وهو العدالة ، وهذا موجود فيما اذا انفردتا ، وإنما يخشى من
 سوء ضبط المرأة وحدها وجفظها ، فبقويت بامرأة أخرى .
 لذا : تجوز شهادة امرأتين ويمين المدعى .

(٤٩) المصدر السابق ٢٨٢/٨ .

(٥٠) صحيح البخاري بفتح الباري ٢٦٦/٥ .

بثانیهما :

لا تجوز شهادة المرأتين واليمين ، لقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » (٥١) ، فلو حكم بامرأتين ويمين ، لكان هذا قسما ثالثا ؟

وأیضا : لأن شهادة المرأتين ضعيفة ، فقويت بالرجل ، واليمين ضعیفة ، فینضم ضعف إلى ضعف فلا يقبل .
والراجع :

هو القول الأول — اذا ثبت القول بالشاهد واليمين — لأن شهادة اثنتين شهادة معتبرة ، فاذا انضم لذلك اليمين حكم بها كالرجل ، اذ المرأة العدل كالرجل في الصدق والأمانة والديانة ، لكن لخوف السهو والنسيان قويت بمثلها ، وهذا يجعلها مثل الرجل الواحد ، ان لم تكن أقوى منه ، والله أعلم .

ثالثا :

في شهادة النساء منفردات ، تصح ويثبت بها الحق دون شرط يمين ، ولو كانت امرأة واحدة — كما رجحنا — ولم يثبت عن أحد من الفقهاء القول باليمين في شهادة النساء منفردات في أمورهن .
والفرق بين هذا ، وبين ما سبق حيث اعتبرت اليمين هناك :
أن المذهب هنا : هو الاخبار عن الأمور الغائبة التي لا يطلع عليها الرجال ، فاكتمت بشهادة النساء فقط .

وهناك : الشهادة على أمور ظاهرة يطلع عليها الرجال في الغالب : فاذا انفرد بها الشاهد الواحد احتجج الى تقويته باليمين ، والله تعالى أعلم بالصواب ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

دكتور : الليثي حمدي خليل الليثي

اهم مراجع البحث

أولا : القرآن الكريم وعلومه :

- ١ - القرآن الكريم .
- ٢ - تفسير الفخر الرازي : المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب .
للامام محمد الرازي ، ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع -
لبنان - ط الثالثة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- ٣ - الجامع لاحكام القرآن الكريم : للمقرطبي ، ط دار الفكر - بيروت
- لبنان .

ثانيا : الحديث :

- ٤ - سبل السلام : للصنعاني ، شرح بلوغ المرام : لابن حجر
« الكتابين معا » ط الحلبي ط رابعة ١٩٦٠ م .
- ٥ - سنن ابن ماجة : ط دار احياء التراث العربى ١٣٩٥ هـ .
- ٦ - سنن الترمذى : ط الحلبي .
- ٧ - صحيح مسلم بشرح النووي « الكتابين معا » ط الريان .
- ٨ - فتح البارى « لابن حجر » شرح صحيح البخارى « الكتابين معا »
ط دار الفكر - لبنان .
- ٩ - المقاصد الحسنة فى بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على
اللسنة : للسخاوى ، ط الخانجي بمصر .
- ١٠ - نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية : للزيلعى ، ط المامون
بشبرا .
- ١١ - نيل الأوطار : للشوكانى ، شرح منتقى الأخبار لمجد الدين
بن تيمية « الكتابين معا » ط مكتبة الدعوة الاسلامة
شباب الأزهر .

ثالثا : كتب اللغة :

- ١٢ - القاموس المحيط : للفيروز أبادى ، ط الحلبي ، ط ثانية ١٩٥٢م
 ١٣ - لسان العرب : لابن منظور ، ط دار المعارف •
 ١٤ - النظم المستعجب فى شرح غريب المهذب : لابن بطال الركبى ،
 ط دار المعرفة ، لبنان ط ثانية ١٩٥٩م •

رابعا : كتب الفقه :

(١) الفقه الحنفى :

- ١٥ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : للكاسانى ، ط دار الكتاب
 العربى بيروت ط ثانية ١٤٠٢هـ - ١٩٧٢م •
 ١٦ - حاشية سعد جلبي - مطبوعة مع فتح القدير والعناية والهداية •
 ١٧ - العناية على الهداية : لليابرتى - ط دار الفكر - بيروت - لبنان •
 ١٨ - فتح القدير : للكمال بن الهمام - ط دار الفكر - بيروت - لبنان •
 ١٩ - اللباب فى شرح الكتاب : عبد الفنى الغنيحي - الكتاب للقدورى -
 والكتابين معا - ط المعاهد الأزهرية •
 ٢٠ - الهداية شرح بداية المبتدى : ط مع فتح القدير والعناية - ط
 دار الفكر - لبنان •

(ب) الفقه المالكي :

- ٢١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد : لابن رشد - توزيع دار الفكر
 القاهرة •
 ٢٢ - قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية : لابن جزمى
 ، الفرناطى ط عالم الفكر ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م •
 ٢٣ - الكافى فى فقه أهل المدينة : لابن عبد البر - ط دار الكتب
 العلمية - بيروت - ط أولى ١٩٨٧م •

(ج) الفقه الشافعي :

- ٢٤ - الاجماع : محمد بن ابراهيم بن المنذر - تحقيق وتعليق : عبد الله
عمر البارودي ، ط دار الجنان للطباعة والنشر والتوزيع - لبنان
- ط اولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

- ٢٥ - متن المنهاج : للنووى - مطبوع مع معنى المحتاج .
٢٦ - معنى المحتاج : الشرييني الخطيب - ط الحلبي ١٩٥٨ م .
٢٧ - المهذب : للشيرازي - ط دار المعرفة - لبنان .

(د) الفقه الحنبلي :

- ٢٨ - الشرح الكبير : شمس الدين بن قدامة - مطبوع أسفل المغنى .
٢٩ - الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية : لابن قيم الجوزية -
ط المدني للطباعة والنشر .

- ٣٠ - كشاف القناع : للبهوتى - عن متن الاقناع : للحجاوى -
« الكتابين معا » ط عالم الكتب - بيروت - لبنان .
٣١ - مختصر الخرقى : مطبوع مع المغنى .

- ٣٢ - المغنى : موفق الدين بن قدامة ، ط دار الفكر - لبنان - ط اولى
عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت ١٩٨٤ م .
٣٣ - المنقح : لابن قدامة - مطبوع مع الشرح الكبير والمغنى .

(هـ) كتب الفقهية :

- ٣٤ - الحل : لابن حزم الظاهري - ط دار التراث - القاهرة .
(و) كتب الشيعة :

- ٣٥ - الأثرار : المهدي المرتضى - ط دار الكتاب اللبناني .
٣٦ - شرائع الاسلام : للمحقق الحل - منشورات دار مكتبة الحياة .
والله تعالى ولى التوفيق
دكتور/ الليثى هبى خليل الليثى .

مَسْئُولِيَّةُ الْمَالِكِ عَنْ مَضَارِ الْجَوَارِغِ الْمَلُوفَةِ

دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني

دكتور/ أبو الحسن إبراهيم علي

مدرس القانون المدني بالكلية

تمهيد وتقسيم :

مما لا شك فيه أن الشريعة الاسلامية جاءت لصالح الناس ، ولتأخذ بيدهم في هذه الحياة ، ليسعدوا في دنياهم وأخراهم وشرعت ما من شأنه تحقيق مصالحهم والحفاظ عليها .

فالشريعة الاسلامية نظام كامل ، جاءت لتنظيم كافة أنواع السلوك الانساني ، فنظمت علاقة الفرد بالفرد وعلاقة الفرد بالمجتمع وعلاقة الحاكم بأفراد الشعب وعلاقة الدولة الاسلامية بالدول الأخرى وعلاقة الكل بالخالق سبحانه وتعالى . نظمت الشريعة الاسلامية كل هذه العلاقات تنظيمًا دقيقًا مثاليًا لم ترق اليه النظم والمبادئ التي وضعها الانسان الى الآن . فبينت كل أنواع الحقوق والواجبات سواء ما كان منها متصلًا بمجال علاقة الأفراد بعضهم ببعض أو كان متصلًا بغير ذلك من العلاقات الأخرى .

والحقوق في الاسلام لا تعتبر الا باعتبار الشارع لها ، فالشريعة أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة فالحق في الفقيه الإسلامي

وليد الشرائع ولم يكن حقاً طبيعياً وإنما هو منحة الهية يعطيها للأفراد وفق ما يقضى به المصالح العام (١) .

ومن هنا فإن الشريعة الإسلامية لا يتصور فيها الحقوق المطلقة بدون قيد حيث أن الأساس فيها التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ومنع أى ضرر يصيب الفرد أو المجتمع، وذلك بفرض القيود الكثيرة المتنوعة التى تجعل المالك ينتفع بملكه فى دائرة معينة لا يجوز له أن يتعداها . فالحقوق المطلقة لا يمكن أن تثبت فى شريعة تتبع أحكامها من الشارح الرحيم بالإناس عامة . فلقد أرست الشريعة الإسلامية الغراء الأسس والقواعد التى تحقق مصالح الفرد مراعية أن هذا الفرد يعيش فى جماعة لها عليه حقوق كما أن له عليها واجبات فهو توازن بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية فلا تنلو فى نظرتها إلى الحقوق كما أنها فى نفس الوقت لا تلغنها ولا تمس جوهرها .

ولهذا نجد الشريعة الإسلامية قد اشترطت فى استعمال الإنسان لحقوقه ألا يضر بمصالح الغير وأن يكون ذلك متفقاً مع مصلحة الجماعة . وبناء على ذلك نستطيع القول بأن الأصل فى الحقوق فى المذهب الإسلامى أنها مقيدة وليست مطلقة ، وأن أساس هذا التقييد يلحق ويرجع إلى النصوص الخاصة بذلك أو القواعد العامة أو مقاصد الشريعة وذلك بعكس القانون الوضعى الذى كان الأصل فيه هو الإطلاق والتقييد هو الاستثناء . فقد كان حق الفرد هو محور

(١) انظر : الموافقات فى أصول الشريعة لأبى إسحاق إبراهيم ابن موسى اللخنى الشافعى ج ٢ ص ٣٧٧ مطبعة الشرق الأدنى ، المدخل إلى الفقه الإسلامى ١٠ د/ محمد سلام مذكور ص ٤٢١ ط رابطة ١٩٦٩ م ، استاذنا الدكتور محمد رأفت عثمان فى الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية فى الإسلام ص ١٥ ط ثانية ١٩٧٥ م .

التشريعات الوضعية في بدايتها ، وكان لصاحب الحق أن يستعمله الى أى مدى يراه دون أن يفترض هذا أية مسؤولية وكان هذا يعرف بالمذهب الفردي ، ثم ظهر حديثا المذهب الاجتماعي الذي يرى أن القانون هو الذي ينشئ الحقوق ويمنحها للأفراد في حدود الصالح العام (٢) .

وبهذا يكون فقهاء القانون قد وصلوا حديثا الى ما أرساه الفقه الاسلامي منذ قرون عديدة .

حق المالك في استعماله للملك مقيد بعدم الاضرار بالغير :

لم يترك صاحب الحق في الاسلام يتصرف في حقه تصرفا مطلقا من غير ضوابط أو حدود تحد من هذا التصرف ، بل هناك قيود وضوابط تجعل من تصرف صاحب الحق في النهاية غير مؤد الى الاضرار بغيره ، فاذا تعدى صاحب الحق هذه القيود كان مسئولا عن هذا التعدى الذي أدى الى حدوث الاضرار بالغير .

واذا كان الأصل أن لصاحب الملك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ، وأن يستعمله بما يحقق له كل المنافع التي يمكن أن تعود عليه فان هذا

(٢) انظر في التعريف بهذين المذهبين :

- ١ د/ حسين كبره في المدخل الى القانون ص ١٧١ ط ١٩٧١ م ،
- ١ د/ توفيق حسن فرج الاصول العامة للقانون ص ٤٢ ط ١٩٧٥ م
- ١ د/ عبد المنعم البناوى المدخل للعلوم القانونية ص ٣٢ ، ٣٣ ط ١٩٦٦ م
- ١ د/ عبد الوود يحيى المدخل لدراسة القانون ص ٢٧ ط ١٩٨١ م ،
- ١ د/ احمد سلامة المدخل لدراسة القانون الكتاب الاول نظرية القاعدة القانونية ص ٣٣ ط ١٩٧٥ م ، ١ د/ محمود جمال الدين زكي في دروس في مقدمة الدراسات القانونية ص ٢٥ ، استاذنا الدكتور عبد الخالق حسن في المدخل لدراسة القانون ص ٣٦ وما بعدها ط ثلاثة ٨٧ - ١٩٨٨ م .

الأصل ترد عليه قيود كثيرة من أهمها عدم الإضرار بالغير ضرراً قاحشاً
أو نبياً •

هذا وقد تكلم فقهاء القانون الوضعي عن مسؤولية المالك عن
مضار الجوار غير المألوفة ، أو ما يسمى بالخلو في استعمال حق الملكية
حسب تعبير البعض منهم •

وسنحاول هنا أن نبين أن هذا القيد وجد في الشريعة الإسلامية
قبل ظهوره في القانون الوضعي ، وأن قدامى فقهاء المسلمين قد
لاحظوه في كتاباتهم وفتاواهم ولكنه لم يكن معنونا بهذه العناوين التي
ظهر بها في الكتابات الحديثة لفقهاء القانون الوضعي ، بل كان هذا
القيد يلاحظ في كتبهم وفتاواهم عند بيانهم لأحكام الكثير من الصور
والجزئيات التي تعرضوا لها • بل أننا نستطيع أن نذهب إلى أبعد
من هذا ، ولا نكون مغالين ، عندما نقرر عن يقين وإطمئنان ، أن
الشرع الوضعي في القانون المدني المصري الحالي عندما قرر التزامات
الجوار وجعلها التزامات قانونية ، اهتم في تقريرها بأحكام الشريعة
الإسلامية ، ففقنها كما هي مقررة في الشريعة الإسلامية ، كما سارت
على نفس المنهج أحكام القضاء في ظل التقنين المدني السابق •

وعلى نهج هذا الشرع القويم سنتناول موضوعنا : « مسؤولية

انناك عن مضار الجوار غير المألوفة » في المباحث الآتية :

المبحث الأول : ماهية الخلو الذي يترتب مسؤولية المالك •

المبحث الثاني : أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير
المألوفة •

المبحث الثالث : الجزاء المترتب على وقوع الخلو •

المبحث الأول

ماهية الغلو الذي يرتب مسؤولية المالك

المطلب الأول :

ماهية الغلو الذي يرتب مسؤولية المالك في الفقه الاسلامي :

— أمر الاسلام بتراعة حقوق الجار وكرامه :

للجار على جاره حقوق كثيرة نص عليها في كثير من الأحاديث النبوية الشريفة ، ومن أهمها عدم الاضرار به في نفسه أو ماله أو عرضه • فوجب مراعاة هذه الحقوق وعدم الإخلال بها وذلك بالعمل على منع ما يضر بالجار قبل حدوثه وإزالته بعد حدوثه •

هذه الحقوق ربما لا يرضى من هي عليه بالتسليم بها ، فيضطر صاحبها لاقتضاها للجوء للمحاكم • ومن ثم يجد كثير من المشاكل والحوادث والقضايا التي يفصل فيها القضاء ويكون تنفيذها بعد ذلك بقوة القانون ، على أن هذا لا يمنع من بقاء الخصومة والعداء بين المتقاضين •

لكن الله العليم الحكيم والمنشع الوحيد بحق ، الذي يعلم ما طبعته عليه النفس الانسانية من أنانية وآثرة يؤكد حق الجار على جاره الى درجة أنه قرنه بعبادة الله وعدم الشرك به فقال تعالى : « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين احساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب » (٣) •

ولذلك تجد الرسول صلى الله عليه وسلم يتناول هذا المعنى
 هيؤكده في أحاديث كثيرة نذكر منها أمره عليه السلام بالكرام الجار
 في قوله : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » (٤)
 كما نهى عليه السلام عن إيذائه بقوله : « من كان يؤمن بالله واليوم
 الآخر فلا يؤذ جاره » (٥) •

وقال عليه السلام في حقه : « لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه
 أو قال لجاره ما يحب لنفسه » (٦) •

فمتى جاء الفقهاء بعد هذا وبينوا هذه الحقوق التي للجار لايسع
 من يؤمن حقا بالله ورسوله إلا المسارعة بأداء هذه الحقوق مادام الدين
 يبلغ من ذلك إلى حد إكرام الجار لا باعطائه حقوقه فحسب وحينئذ
 ما الحاجة للقضاء والقانون إلا لمعالجة من لم يخالط الإيمان قلوبهم
 وفطرت نفوسهم على الشح ومنع الناس حقوقهم (٧) • ثم أنظر معي
 رعاك الله إلى هذا التأكيد العظيم لحق الجار في قوله عليه الصلاة
 والسلام : « مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » (٨)

(٤) رواه البخارى ومسلم : زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى
 ومسلم ج ٣ ص ٣٦٥ ط ثانية ١٩٥٤ م •

(٥) انظر المرجع السابق ج ٣ ص ٢٥٩ ، ٢٦٢ •

(٦) رواه مسلم : صحيح مسلم بشرح النووى ج ٢ ص ١٦ ، قال
 النووى : « هكذا هو في مسلم لأخيه أو لجاره على الشك ، وكذا هو في
 مسند عبد بن حميد على الشك وهو في البخارى وغيره لأخيه من غير
 شك » النووى على مسلم ج ٢ ص ١٦ ط أولى ١٣٤٩ هـ - ١٩٢٩ م
 المطبعة المصرية •

(٧) انظر : د/ محمد يوسف موسى فى الأموال ونظرية العقد
 ص ١٣٩ ط أولى ١٩٥٢ م •

(٨) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ١٠ ص ٤٤١ ط دار
 المعرفة •

مع ملاحظة أن هذه الرعاية لحقوق الجار لا تقتصر على الجار المسلم أو القريب بل أنها تمتد لتشمل كل جار قريبا كان أم بعيدا مسلما أو غير مسلم فإن الجيران أنواع ثلاثة كما أخرج الطبري من حديث جابر: جار له حق واحد وهو المشرک له حق الجوار ، وجار له حقان : وهو الجار المسلم ، له حق الجوار وحق الاسلام ، وجار له ثلاثة حقوق : وهو الجار المسلم الذى بينه وبين جاره رحم ، له حق الاسلام ، والرحم والجوار (٩) •

فانظر مدى ما جعل الاسلام لعلاقة الجوار من واجبات وحقوق، تر أنه لا يمكن لأى نظام آخر غير الشريعة الاسلامية أن يسمو الى هذا المستوى الجليل •

— وجوب انتسامح بين الجيران في الأضرار المألوفة (النادرة أو اليسيرة) :

الأصل أن الانسان له حق استعمال ملكه بما يحقق له كل المنافع التى يمكن أن تعود عليه منه (١٠) ، ومن الطبيعى أن ينجم في بعض

(٩) سبل السلام الصنعاني للعلامة محمد بن اسماعيل الصنعاني. ج ٤ ص ٦٥ مطبعة مصطفى محمد •
(١٠) انظر : بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ .
أولى ١٣٢٨ هـ ، المبسوط للسرخسي ج ١٥ ص ٢١ ط ١٣٣١ هـ مطبعة السعادة ، فتح القدير للكمال ابن الهميام ج ٥ ص ٥٠٦ ط المكتبة التجارية ، المسونه الكبرى للإمام مالك بن أنس ج ١٥ ص ١٩٧ ط أولى ١٣٢٣ هـ ، المتقى للباي ج ٦ ص ٤١ ط أولى ١٣٣١ هـ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٢٥٧ ، ٢٦٠ ط ١٣٠٢ هـ المطبعة البهية ، قبواتين الأحكام الشرعية لابن جزى ص ٢٧٠ ط دار العالم بيروت ، الأم للإمام الشافعي ج ٣ ص ٢٢٢ ط أولى ١٣٢١ هـ بولاق ، المحلى لابن جزم ج ٨ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ ط المكتب التجاري بيروت •

الأحوال بل وفي كثير من الأحوال عند استعمال الإنسان للملك استعمالاً عادياً بعض المضايقات أو الأضرار المألوفة التي يكون من العسير على المالك أن يتحرز عنها . وهذا أمر يجب أن يتحمله الجيران فيما بينهم . ولا أضحي استعمال المالك للملك موقوفاً على ضوابط تؤدي في النهاية إلى تعطيل هذا الاستعمال العادي أو إلى إبطال حقه في التصرف .
ففيما يملك (١١) .

فالجيران اذن عليهم أن يتحملوا المضايقات أو الأضرار اليسيرة النادرة ، وهي الأضرار المألوفة التي جرت العادة على التسامح فيها والتي لا يمكن أو يعسر أن يخلو عنها الاستعمال العادي المألوف ، كصوت المذياع العادي ، ودخان الفرن الذي يخبز عليه أهل الدار في القرى في فترات غير متوالية ، وعجين الطين بجوار ملك المالك إذا بقى في الشارع مقدار المرور للناس ، ووضع آلات البناء من حجر وغيره في الشارع زمن العمارة إذا تركت بقدر مدة نقلها ، ونفض أوعية التراب عند الأبواب ، وربط الدواب في الشارع بقدر حاجة النزول والركوب ، ورش الشوارع رشاً خفيفاً لا يؤدي إلى الأضرار بمن يمر في الطريق وهكذا . فقد اتفق الفقهاء (١٢) على جواز مثل هذه الصورة

(١١) انظر : ١٠ د / محمد رافت عثمان في الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الاسلام ص ١٠٧ مطبعة السعادة .
(١٢) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦ ط ١٣٢٣ هـ ، فتح القدير ج ٦ ص ٥٠٦ ، تبين الحقائق للزلي ج ٤ ص ١٩٦ ط ١٣١٥ هـ ، حلي العاصم للتاودي ج ٢ ص ٣٤٣ ط ثانية ١٣٧٠ هـ ، المنتقى للباي ج ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٤ ، البهجة شرح النخعة ج ٢ ص ٣٣٥ ط ثانية ١٣٧١ هـ حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ج ٢ ص ٢٤١ ط مصطفى محمد ، فتح المبين بشرح الأربعين لابن حجر الهيتمي ، ج ٢ ص ٢٤١ ط مصطفى محمد .

من الضرر لأنها من الأضرار المألوفة التي جرت العادة على التسامح فيها وبالتالي فلا مسئولية عنها ولأن التوسع الى منع كل ضرر يؤدي الى سد باب انتفاع الانسان بملكه (١٣) • كما أنه لا يمكن منع كل ضرر اذ ما من مصلحة لأحد والا بجوارها ضرر لغيره غالبا وكما يقول الامام الشاطبي : « ليس في الدنيا مصلحة محضة ولا مفسدة محضة والمقصود للشارع ما غلب منها ، واذا تعارضتا نظر في التساوي والترجيح » (١٤) •

واذا كان الأمر على نحو ما سبق ، فانه من الناحية المقابلة يجب على المالك أن يتخذ من الاحتياطات ما يكون كفيلا بالألا يجعل تصرفه في ملكه سببا لاهداث مضايقات أو تنغيص مجاوز للحدود التي يمكن أن تحدث في ظل جوار كريم (١٥) •

هذا هو الأصل الذي يجب مراعاته ، الا أنه قد يحدث أن يستعمل الانسان حقه في ملكه استعمالا غير متعارف بين الناس فيؤدي الى الإضرار بالغير ضرا ظاهرا فيكون محل مساءلة • وفي ذلك يقول بعض الفقهاء : « ولا يمنع الشخص من تصرفه في ملكه الا اذا

محمد ، قواعد الاحكام لابن عبد السلام ج ٢ ص ١٢٢ ط ١٣٨٨ هـ دار الفروق للطباعة ، المضي بالفرح الكبير لابن قدامة ج ٥ ص ٥٢ ط ١٣٩٢ هـ ، كشف القناع للبهوتي ج ٢ ص ٢٠٠ ط اولى ١٣١٩ هـ ، ومن مراجع الأصول انظر : الموافقات للامام الشاطبي ج ٢ ص ٢٥٩ دار المعرفة للطباعة بيروت •

(١٣) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠١ ، فتح القدير ج ٥ ص ٥٠ •

(١٤) الموافقات للامام الشاطبي ج ٢ ص ٢٥ - ٣٢ •
(١٥) انظر : حسين عامر في المسئولية المدنية ص ٢٧٠ ط ثانية

كان الضرر بجارته خيرا بينا — أى ظاهرا — فيمنع من ذلك » (١٦) .

— منع الضرر غير المألوف (الضرر الفاحش) :

بينما فيما سبق أن الأصل أو الأساس هو أن للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ، ولا يمنع الشخص من تصرفه في ملكه ماشاء مالم يضر بغيره ضررا بينا ، أى ضررا غير مألوف لم تجر العادة على التسامح فيه . وقد بين فقهاء الحنفية أن القياس في هذا المجال يقتضى أن المالك حر في ملكه يتصرف فيه كما يريد مهما أضر بجاره وأن كان ليس له فعل ما يضر به حياته لا قضاء (١٧) . وبهذا قال أيضا بعض المالكية والشافعية وداود الظاهري (١٨) — ولكن القياس بترك في المسائل التي يؤدي استعمال الحق فيها إلى إلحاق ضرر فاحش أى ظاهر بالغير .

— المعيار الذى يحدد على أساسه الضرر الفاحش :

يحدد فقهاء الشريعة الإسلامية الضرر الفاحش بأنه ما يكون سببا للوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء ، وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش (١٩) .

(١٦) الدر المختار ج ٤ ص ٣٧٥ مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين.

(١٧) انظر : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٦٤ ، المبسوط ج ١ ص ١٠١

(١٨) انظر : المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ ، ١٩٨ ، المنتقى للنجاشي .

ج ٦ ص ٤١ ، تبصرة الأحكام ج ٢ ص ٢٥٧ ، ٢٦٠ ، قوانين الأحكام

الشريعة ص ٣٧٠ ، الأم ج ٣ ص ٢٢٢ ، المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤١ ،

٢٤٢ .

(١٩) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبين الحقائق ج ٤ ص

١٩٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، م ٥٩٠ من مرشد

ومن هذا يتضح أن الضرر الفاجش الواجب رفعه يتشعب الى أنواع متعددة (٢٠) .

الأول : المانع من السكنى ، الثانى : المتلف للمباني ، الثالث : الإضرار بالبناء ، الرابع : الضرر بالمال ، الخامس : المعرض للنساء للإطلاع عليهن .

وقبل أن نتحدث عن هذه المعايير التى يحدد على أساسها الضرر الفاجش وبالتالي تترتب مسؤولية المالك عن هذا الضرر ، نذهب أن ننضم الى أن الضرر ان كان فاجشاً ففيه مذهبان :

المذهب الأول : يرى أصحاب هذا المذهب أن للمالك التصرف في ملكه كيف شاء ، مادام تصرفه في حدود الانتفاع المشروع ، ولو ترتب عليه ضرر بغيره ، لأن الناس مسلطون على أموالهم ولهم الانتفاع بما كيف شاءوا ولا ضمان على المالك في شيء من ذلك لأن الجواز الشرعى ينافى الضمان . والى هذا ذهب أبو حنيفة والشافعى وداود الظاهري وبعض المالكية (٢١) .

=

الحيران ، المنتقى للباجي ج ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٤ ، البهجة شرح التحفة للنسوى ج ٢ ص ٣٣٦ ، فتح المبين لشرح الأربعمين لابن حجر الهيتمي ج ٢ ص ٢٤١ ط مصطفى محمد ، جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ ط ثالثة سنة ١٩٦٢ م مصطفى الحلبي ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ٢٦٤ تحقيق محمد حامد ألفقى ط السنة المحمدية سنة ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٣ م . (٢٠) انظر : الشيخ على قراة في دروس في المعاملات الشرعية ص ١٧ وما بعدها مطبعة الفتوح .

(٢١) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٥٢ ط أولى سنة ١٣٠٨ هـ ، الفتاوى البزازية ج ٣ ص ٤١٤ ط ثانية سنة ١٣٧ بهامش الفتاوى الهندية (١٩ - شريعة)

المذهب الثاني : ويرى أصحاب هذا المذهب أن كل ضرر فاحش ممنوع ، فالإنسان في استعماله لحقه مقيد بالأ. يؤدي إلى ضرر بغيره أو بعبارة أخرى بشرط ألا ينشأ عن هذا الاستعمال ضرر فاحش أو يستديم بغيره . فتوزيع الحقوق لا يعني أن كل واحد معزول في تصرفاته عن غيره ، بل يعني أنه مسئول عن حفظ التوازن بين مصلحته، والمصالح الأخرى المتعارضة ، فلا يستعمل حقه بما يلحق ضررا فاحشا بغيره ، ولو كان في استعماله حسن النية (٢٢) وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد ومتأخرو المصنفية وذهب إليه أيضا المالكية في مسائل وقال به أبو حنيفة في علاقات الجوار بالعلو والسفل ، كما قال بذلك أيضا بعض الشافعية ، وهو مذهب الحنابلة (٢٣) .

هذا ومن الجدير بالذكر أنه وإن كان منع الضرر الفاحش الناتج عن استعمال الحق هو ما ذهب إليه جمهرة الفقهاء ، إلا أن هذا أيضا محل اعتبار عند غيرهم من الفقهاء الذين ذهبوا إلى حرية استعمال للحق دون قيد .

فتاوى قاضيخان ج ٣ ص ٤٧٣ مطبعة المتوكل سنة ١٢٨٢هـ - فتح المبين لشرح الأربعين ج ٢ ص ٢٢٨ ، ٢٣٩ ، الأمل ج ٢ ص ٢٢٢ ، المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤٢ ، المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ ، ١٩٨ ، المنتقى للباي ج ١ ص ٤١ ، حل المعاجم ج ٢ ص ٣٤٣ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٧ . (٢٢) انظر د. محمد زكي السيد نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٨١ بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط العدد الرابع سنة ١٩٨٦ م .

(٢٣) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، البهجة شرح التلحة ج ٢ ص ٣٣٥ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٤ ، المنتقى ج ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، حاشية ابن قاسم العبادي ج ٢ ص ٢٤١ ، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٧ ، جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ .

فقد نص ابن حجر الهيتمي من الشافعية على أن تصرف الإنسان في ملكه بما يضر بجاره كفتح كوة وتعلية بناء مشرف على الجار وغيرهما يبيحه الشافعي أن أضر بالملك ، ويمنعه أن أضر بالملك ، والفرق بينهما أن الأول يحتمل عادة ، ويمكن الاحتراز عنه بجعله سائتر لعماله يمنع من النظر اليهم ، بخلاف الثاني ، ويمنعهما غيره أخذا بمعصوم حديث « لا ضرر ولا ضرار » . ثم ذكر تأييدا لمذهب الشافعي أن الحديث مخصص لاتفاقهم على جواز صور من الضرر كوضع آلات البناء من حجر وطين وغيرهما من آلات البناء في الشارع زمن العمارة وكنفض أوعية تراب أو جص عند الأبواب فانه جائز وإن أضر المارين لأن هذا مما لا غنى عنه مع قلته وبأن ظاهر الحديث امتناع الضرر ولو لمن أضره مع تخصيصه بالمصائل ونحوه ممن يجوز دفعه ولو بقتله (٢٤) . كما جاء في نهاية المحتاج للرملي : « واختار جمع النفع من كل مؤذ لم يعتد » (٢٥) .

فهذه العبارة تفيد منع المالك من الضرر الذي لم يعتد ، أي غير المؤلف لكونه فاحشا (٢٦) .

وابن حزم الأظهري نجده مع أنه من أشد أنصار حرية تصرف الإنسان في ملكه ، إلا أنه يمنع ضرر الجار بالدخان فيقول : « ولا يجوز للأحد أن يدخن على جاره لأنه أذى وقد حرم الله تعالى أذى المسلم » (٢٧) .

(٢٤) فتح المبين لشرح الأربعين لابن حجر الهيتمي ص ٢٣٨، ٢٣٩

(٢٥) نهاية المحتاج للرملي ج ٥ ص ٣٣٤ ط سنة ١٣٥٧ هـ -

١٩٣٨م مصطفى الحلبي .

(٢٦) د محمد زكي السيد في المبحث السابق ص ٨٤ .

(٢٧) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤٢ .

وبعد أن بينا خلاف الفقهاء في الضرر الفاحش نعود إلى المعايير التي ذكرها الفقهاء لتحديد هذا الضرر .
(أ) الضرر المانع من السكنى وأمثله :

يعد من قبيل الضرر الفاحش الواجب رفعه كل ما يمنع الحوائج الأصلية للسكنى . ومن الحوائج الأصلية للسكان أن يكون هواؤه الذي يستنشقه هو وأسرته خاليا مما يفسده فسادا فظيلا وخصوصا إذا كان مستمرا وذلك كتراب اليبدر (٢٨) وخفان الحمام ، كما أن مما يلزمه أيضا ألا يجلب هواؤه عليه رائحة كريهة لا يطبق المقام معها كالرائحة الآتية من حيدان الأبريسم بعد موثها ومن مذبغة الجلود ومن معصرة الزيتون ، فإذا حصل من الجار شيء مما ذكر كان للجار المتضرر أن يطلب رفعه (٢٩) .

(ب) الضرر باتلاف مبانى الجار :

لا يجوز للجار أن يعمل عملا يضر ببناء جاره ويتلفه فتلو فعمل شيئا من ذلك أمر برفعه .

ويترتب على ذلك أنه إذا أراد المالك أن يحفر بئرا في أرضه أو بالوعة فإن كان يضر حفرها بجدار جاره فإنه يمنع منها ويكون للجار أن يجبره على رفع هذا الضرر بأحكام البناء بالموئن فإن لم يفعل أو لم

(٢٨) اليبدر هو الموضع الذي تداس وتدرس فيه الحبوب وتذرى ، وقال له الأندلسي أيضا انظر : مختار الصحاح والمصباح المنير مادة : يدر .
(٢٩) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٥٥ ، ٥٠١ ، م ١٢٠٠ من مجلة الأحكام العدلية ، حل المعاجم للتاودي ج ٢ ص ٢٤٣ ، البهجة شرح النخبة ج ٢ ص ٣٣٧ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، المنتقى للبايجي ج ٦ ص ٤٦ ومن الفقه الحديث الشيخ على قراءة السابق ص ١٨

يمكن أمر برفعه • وأما إذا كان لا يضر بالجدار وإنما يضر بيئر جاره
في تقليل مائها أو اعدامه بالكلفة فإنه لا يمنع عانى القول الرابع (٣٠) •

(ج) الضرر بعمل ما يوهن البناء :

الضرر بعمل ما يوهن البناء يجب رفعه كالضرر بعمل ما يتطلب
البناء • وعلى ذلك فإنه يعتبر من الغلو في استعمال الحق أن يصدق
الشخص في ملكه حقاً يؤدي إلى حفر حيطان الجار وهدمها •

وبناء على هذا فقد ذهب الأحناف (٣١) إلى أنه إذا كانت الدار
مجاورة لدور وأراد صاحبها أن يبني فيها تنورا للخبز الدائم كما يكون
في الدكاكين أو رحي للطن أو مدقة للقمارين لم يجز ويمنع من ذلك
لأنه يضر بجيرانه ضرراً فاحشاً لا يمكن التحرز عنه ، لأن المرحى

(٣٠) انظر : البهجة في شرح التلخيص للتبصير ج ٢ ص ٢٢٧ .
تبصرة الأحكام ج ٢ ص ٢٥٨ ، المونة ج ١٥ ص ١٩٦ ، حل المعاجم ج ٢
ص ٣٤٣ والمادة ١٢٩١ من مجلة الأحكام العدلية ، جامع العلوم والحكم
ص ٢٧٠ وانظر في استعمال الحق عموماً : النظرية العامة للموجبات
والعقود لصبحي المحمضاني ص ٢٧ ، ٥٣ ، المسؤولية التقصيرية بين
الشريعة والقانون لمحمد فوزي فياض ص ٢٨٨ وما بعدها رسالة دكتوراه
من شريعة القاهرة سنة ١٣٨٢ هـ - ١٩٦٢ م على الآلة الضارية ، نظرية
الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية الجنائية في الفقه الإسلامي للدكتور
وهبة الزحيلي ص ٢٢ - ٢٥ ط أولى سنة ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م دار الفكر ،
النظرية العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية للإسلامية للدكتور أحمد
فهمي أبو سنة ص ١٠٠ وما بعدها مطبعة دار التأليف سنة ١٣٨٧ هـ -
١٩٦٧ م الضمان في الفقه الإسلامي للمرحوم الشيخ علي الخفيف ص ٩٢ -
١٠١ ط سنة ١٩٧١ المطبعة الفنية الحديثة •

(٣١) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبين الحقائق ج ٤ ص
١٩٦ ، ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ •

والدق يوهن البناء ويهدم الشيطان وبهذا قال المالكية (٣٣) أيضا
 فيمنع غدهم أن يحدث الجار في عرصته ما يصر بجيرانه من بناء
 حمام أو فرن للخبز أو كبر لعمل الحديد أو رحي للطن ، ومثل هذا
 أيضا عند المالكية (٣٣) .

(د) الضرر بعمل ما يتلف المال :

كما أنه يجب منع الضرر عن نفس الجار وعن بذائه يجب منع
 الضرر عن ماله ، فإذا عمل الجار عملا يضر بمال جاره ضررا ينقص
 قيمته كلف برفع هذا الضرر ومثاله ذلك ما لو أحدث رجل دكان طباخ
 في سوق البزازين وكان الدكان يضر بأمته الجار ضررا فاحشا فانه
 يكلف برفع ضرره (٣٤) .

هذا وليس يلزم أن يؤدي الغلو في الاستعمال الى اتلاف شيء
 يملكه الغير حتى يكون مسئولا عن غلوه في استعمال حقه ، بل يجب
 منع المالك من هذه الصورة من الاستعمال مادام قد أدى الى الاضرار
 بالغير حتى ولو لم يؤد الى شيء من الاتلاف (٣٥) ، فيجب منع المالك
 مثلا من القاء القمامات ، أو التراب أو الحجارة أمام ملكه ،
 ومنعه من رش الشارع رشا مفرطا ، وما مائل ذلك من ربط الدواب
 مدة طويلة في الشارع ، وفي هذا المجال يقول فقهاء الشافعية :

« يجب منع ما جرت به عادة العلافين من ربط الدواب في الشارع »

(٣٢) انظر : البهجة في شرح التحفة ج ٢ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ ،

المنتقى للباي ج ٦ ص ٤١ ، تبصرة الأحكام ج ٢ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ .

(٣٣) انظر : جامع العلوم والحكم ص ٣٦٩ ، ٢٧٠ ، الطرق الحكمية

لابن القيم ص ٢٦٤ .

(٣٤) انظر : الشنيخ على قراة في المرجع السابق ص ١٩ .

(٣٥) انظر : د . محمد رافت عثمان في المرجع السابق ص ١٠٩ .

فللكراء فلا يجوز وعلى ولي الأمر منعهم لما في ذلك من مزيد الضرر» (٣٦)
ومن هذا أيضا اشتداد صوت آلات الحدادين والنجارين
ودوامها الذي يسبب الضوضاء المقلقة للسكان ومنه كذلك أحداث
اصطبل الخيول ونحوها من الدواب أمام باب غيره لما فيه من الضرر
الناجم من بول الدواب وزيلها بالحيطان مع حركتها ليلا ونهارا المانعة
من النوم (٣٧) •

(هـ) الضرر بعمل ما يمكن من الإطلاع على نساء الجار :

كما أن الجار يتضرر بعمل ما يؤذيه أو ماله يتضرر أكثر
الضرر بعمل ما يمكن الغير من الإطلاع على نسائه والنظر إليهن
وخصوصا في منزل سكناه وفي الأماكن التي لا يمكن فيها للنساء عادة
أن تتجنب كشف شيء من عوراتها فيها •

فاذا عمل شخص على أن يتمكن من الإطلاع عليهن وهن في
مساكنهن وقد يكن في حالة بعيدة عن الاحتشام كان في ذلك أكبر الضرر
وللمتضرر أن يطلب إزالته ورفع •

ومن أمثلة ذلك ما ذكره المالكية (٣٨) وبعض الحنفية (٣٩) من أن

(٣٦) حاشية ابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر
الهيتمي ج ٢ ص ٢٤١ •

(٣٧) انظر : الشرح الصغير للامام الدردير ج ٤ ص ٢٨ تحقيق
الشيخ محمده مجي الدين عبد الحميد ط ثانية سنة ١٩٦٣ ، الشرح الكبير
للدردير ج ٣ ص ٣٣٣ دار احياء الكتب العربية ، البهجة شرح التحفة
ج ٢ ص ٣٣٧ ، حل المعاجم ج ٢ ص ٣٣٦ •

(٣٨) انظر : الشرح الصغير للدردير ج ٤ ص ٣٧ ، المسوق على
الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٣١ ، المسونة ج ١٥ ص ١٩٧ ، البهجة في شرح
التحفة ج ٢ ص ٣٣٨ ، حل المعاجم ج ٢ ص ٣٣٨ ، تبصرة الحكام
ج ٢ ص ٢٥٥ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٩ •

المالك إذا أراد أن يفتح كوة — أى طاقة — تشرف على جاره أو شباكها يشرف عليه من باب أولى فإنه يمنع من ذلك إذا كانت الفتحة بحيث يتمكن صاحبها من الاطلاع على جاره وأهله • ويؤمر برفع الضرر بصورة تدمع وقوع النظر ببناء سائر أو غيره •

ولا فرق في هذا بين الضرر الحديث والقديم عند الأحناف • فلو كانت دار قديمة بهذا الوصف فللجيران الحادثن أن يطالبوا بتغيير القديم عما كان عليه ، لأن الضرر البين يزال واو قديما ، إذ لا فرق بين القديم والحديث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فنيهما (٤٠) وبمنع الكوة قال المالكية أيضا كما سبق القول إلا أن المالكية قبيحوا بذلك بأمرين :

الأول : أن يكون الفتحة جديدا • فإن كان الفتحة قديما فإنه لا يقضى بسده ويقال للجار أستر على نفسك إن شئت • الثانى : ألا تكون الفتحة عالية بحيث لا يمكن التطلع منها على الجار إلا بالمصعود على سلم مثلا فإذا كانت عالية بهذا المقدار فإنه لا يقضى كذلك بسدها •

وإذا حكم بسد هذه الفتحة التى توافر فيها هذان القيذان فإنه لا يكتفى بسد ظهرها مع بقاء شكلها على ما هو عليه ، لأنه يمكن أن يكون فى المستقبل ذريعة لأن يدعى صاحبها أنها قديمة ويطالب بفتحها فلا بد إذن من سد الفتحة من أصلها وإزالة كل ما يدل عليها من عتبة أو خشبية وتحورها (٤١) •

(٣٩) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦ ، الفناوى الخيرية
ج ٢ ص ٢٠١ ، ٢٠٢ ط ثانية بيؤلاق سنة ١٣٠٠ هـ •
(٤٠) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠٢ •
(٤١) انظر : منح الجليل للشيخ عيسى ج ٣ ص ٣٢٩ الناشئ

شرفط مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة :

يشترط في الضرر الذي يترتب مسؤولية المالك ويكون من الواجب رفعه أن يكون ضرراً فاحشاً ، وأن يكون متيقناً لا متوهماً ، وألا يكون للمتضرر دخل في وجوده (٤٢) •

الشرط الأول : أن يكون الضرر فاحشاً بالمعنى السابق تحديده •
فلو كان الضرر بسيطاً لم يكلف محدثه رفعه • ومن أمثلة ذلك الأضرار
اليسيرة أو العادية التي سبق أن تحدثنا عنها فلا داعي للتكرار •

الشرط الثاني : أن يكون الضرر متيقناً لا متوهماً :

فاو كان الضرر متوهماً لا يلتفت إليه • ومن أمثلة ذلك ما يأتي :

(أ) لرجل شباك يطل على مقر نساء جاره الا أن الشباك مرتفع
عن قامة الانسان بحيث أن الواقف بجواره لا يمكنه أن ينظر منه إلى
بيت الجار لارتفاعه عن قامته فتضرر الجار من هذا الشباك بحجة أن
صاحبه يمكنه أن يضع سلماً ويصعد به إلى مقر الشباك فينظر منه
إلى مقر نسائه •

(ب) لرجل شجرة فاكهة في جنيته فتضرر الجار من هذه
الشجرة ، لأن صاحبها عند صعوده إليها لأخذ ثمرها يشرف على مقر
نسائه — فإذا تضرر الجار في هاتين الصورتين مطالب برفع الضرر
بسد الشباك وقطع الشجرة لايجب إلى ما طلب ، لأن الضرر هنا

مكتبة النجاح بلبييا ، المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص
٢٥٥ ، د. سليمان محمد أحمد في ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي
ص ٣٢١ ط أول سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م د. محمد رأفت عثمان السابق
ص ١٠٦ •

(٤٢) انظر الشيخ علي قراءة في المراجع السابق ص ١٧ ، ٢١ ،

٢٣ ، ٢٣ •

متوهم والضرر الذى يجب رفعه هو الضرر المتيقن، الا أنهم قالوا انه يلزم صاحب الشجرة عند قصد صعودها هو أو من اشترى من ورقها أو ثمرتها اعطاء الناس الخبر لأجل التستر والا منع من الصعود (٤٣)

الشرط الثالث : ألا يكون للمتضرر دخل في وجود الضرر :

الضرر الذى يجب رفعه ويكون للمتضرر حق طلب ازالته هو الضرر الذى يحصل بفعل الغير ولا يكون للمتضرر دخل في وجوده، فان كان للمتضرر دخل في وجود ما يتضرر منه لم يكن له أن يطلب رفعه وان طلب لايجاب الى طلبه ومن أمثلة ذلك • بناء قديمة لرجل فيها شبك فجاء جاره وبنى بجواره دارا وجعلها بحيث أن شبك دار جاره القديمة يشرف على مقر نسائه فتضرر صاحب الدار الحديثة من شبك جاره صاحب الدار القديمة وطلب رفع هذا الضرر فانه لايجاب الى طلبه لأن هذا الضرر لم يحصل الا بفعله وهو بناؤه داره بالوضع الذى ترتب عليه أن شبك دار جاره صار مشرفا على مقر نسائه ولو كان قد بنى داره بوضع آخر لم يحصل هذا الضرر — ويلاحظ أن هذا الشرط الأخير يشترطه الأحناف فقط وسنزيد هذا الشرط ايضا في البند التالى :

أسبقية الاستعمال أو الاستغلال :

الغرض في هذه المسألة أن لرجل تنور قديم أو حمام أو غير ذلك فجاء جاره وأحدث بجوار التنور أو الحمام دارا ثم تضرر بعد سكناه اياها من تخان التنور أو الحمام وطالب برفع هذا الضرر فهل يجب الى طلبه أم لا ؟

(٤٣) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠٠ ، ٥٠١ ، الفتاوى الخيرية ج ٢ ص ٢٠١ ، ٢٠٢ ، المنوعة ج ١٥ ص ١٩٧ ، حلى المعاجم ج ٢ ص ٣٣٨ •

خلاف بين الفقهاء :

ذهب الأحناف الى أنه ليس للمالك المنزل أن يتضرر من صاحب التتور أو الحمام لأن بناء دليل على رضاه بكل ما يتوقع من الحفان وغيره من مضار التتور والحمام • فقد جاء في المادة ١٢٠٧ من مجلة الأحكام العدلية : أنه لو تصرف الانسان في ملكه تصرفا مشروعا فجاء آخر وأحدث عنده بناء ، فان كان هذا المحدث متضررا فعليه دفع الضرر ببناء ساتر أو غيره ، فاذا كان لدار قديمة شباك مشرف على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدث أن يدفع هو مضرتـه بأن يقيم ساترا في ملكه ، وليس له صلاحية أن يدعى على صاحب الدار القديمة •

وكذلك لو كان لدار حداد عرصة متصلة به وأحدث فيها شخص دارا فليس له أن يطلب تعطيل دكان الحداد لأنه يحصل لداره ضرر فالحش من طرق الحديد •

ومثل هذا لو كان هناك بيدر قديم وأحدث أحد دارا بالقرب منه فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية بحجة أن غبار البيدر يجيء على داره •

ومثل هذا أيضا ما جاء في مرشد الجيران فالمادة ٦١ تنص على أن « سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضرا » • فلا يسوغ أحداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه وإن فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه » كما نصت المادة ٦٢٥ على أن « رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضرا فالحش فلا يسوغ أحداث شباك أو بناء يجعل فيه شبكا فلنظر محلا على محل نساء جاره وأن أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر أما بسد الشباك أو ببناء ساتر فان

كان الشباك المحدث مرتقعا فوق قامة الانسان فليس للجار طلب سده»
ونصت المادة ٦٣ على أنه « ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا
مشروعا فأحدث غيره بجواره بناء مجددا فليس للمحدث أن يتضرر
من شبائيك المذار القديمة ولو كانت مظلة على مقر نشائه بل هو الذي
يلزمه دفع الضرر عن نفسه » *

ومن هذا يتضح أن الضرر الفاحش يتحقق من صاحب البناء
الملاحق ، اذا كان من شأنه أن يمنع الضوء عن الجار ، أو كان يمكن
منه رؤية محل النساء ، وذلك باعتبار أن الوضع السابق قد استقر ،
فلا يصح القيام بأفعال تخل بهذا الاستقرار وعلى العكس ليس لمن
جاء فيما بعد أن يتضرر اذا كان البناء السابق يجرح منزله بامكان
رؤية الحريم ، لأنه كان يتعين عليه مراعاة ذلك في بنائه ، نظرا
لاستقرار الوضع بالنسبة للأول قبل الثاني (٤٤) * وبهذا الرأي قال
بعض فقهاء القانون المدني كما سارت المذكرة الايضاحية أيضا على
مذهب الأحناف *

وذهب جمهور الفقهاء (٤٥) الى أن أسبقية الاستعمال أو
الاستغلال لا تعصم المالك من المسؤولية عن الضرر الفاحش الذي
يلحق الجيران * ولذلك فان الضرر يزال سواء كان قديما أو حديثا ،
لأن الضرر لا يجاز أصلا وإن طال ، اذ الحيابة انما تكون في الأملاك
وأما الضرر فيزيده طول التقادم ظلما وعدوانا * وعلى ذلك وكما سبق

(٤٤) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبين الحقائق ج ٤ ص
١٩٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ وانظر أيضا الشيخ على
قراءة في المرجع السابق ص ٢٣ وما بعدها *
(٤٥) انظر : تبصرة الحكام ج ٤ ص ٢٥٥ ، البهجة ج ٢ ص ٣٣٨
المنتقى ج ٦ ص ٤٣ ، منح الجليل ج ٣ ص ٣٣٩ ، جامع العلوم والحكم
ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، الطرق الحكمية ص ٢٦٤ - نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٣٤

القول فلو كانت دار قديمة بهذا الوصف فالجيران الحادثن أن يطالبوا بتغيير القديم عما كان عليه ، لأن الضرر البين يزال ولو قديماً إذ لا فرق بينهما حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيهما • ويرى جمهور الفقهاء أخذ معظم فقهاء القانون المجنى المصري •

والذى أميل اليه هو رأى جمهور الفقهاء الذى لم يفرق بين قديم الضرر وحديثه خاصة اذا أخذنا فى الاعتبار أن هذا الرأى فيه مراعاة لحق الجار بمنع الضرر الفاحش أو المستديم عنه • بل ان الشريعة الاسلامية كما سبق القول لم تقف عند حد اعطاء الجار حقوقه فحسب ولكن أمر الله بالاحسان اليه فى قوله تعالى « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين احساناً وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب » (٤٦) كما أمر عليه الصلاة والسلام باكرامه فقال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » (٤٧) ونهى عليه السلام عن ايذائه فقال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره » (٤٨) •

الشريعة الاسلامية هي المصدر الذى استلهم منه المشرع الوضعى المصرى أحكام المضار غير المملوكة :

جاءت الأعمال التحضيرية للقانون المعنى المصرى الحالى بما يفيد أن النص على عدم الطوارى فى الاستعمال انما يقرر التزامات الجوار فيجعلها التزامات قانونية « وهى التزامات لا مصدر لها الا القضاء المصرى قررهما مهتدياً فى تقريرها بالشريعة الاسلامية • ففقتنا المشروع كما هي مقررة فى القضاء المصرى وفى الشريعة الاسلامية معاً »

(٤٦) سورة النساء من الآية رقم ٣٦

(٤٨، ٤٧) الحديثين سبق تخريبهما •

فأصبحت التزامات مستقرة ثابتة لها مصدر معروف والمهم هو
تحديد الغلو والمعيار هو الضرر غير المألوف والضرر الفاحش
هو غير المألوف» (٤٩) •

وهذه الإشارة إلى الشريعة الإسلامية بخصوص عدم الغلو ليست
بحاجة إلى بيان • فالشريعة الغراء هي المصدر الذى استلهم منه
المشرع الوصى أحكام الغلو فى الاستعمال وقد سبق أن بينا أن
ما ذكرته المذكرة الإيضاحية قد سارت وفقا لمذهب الأحناف • كما أن
القضاء المصرى فى ظل القانون المدنى السابق والذى جاء خالياً من
النص على التزامات الجوار كان يطبق فى هذا الشأن مبادئ الشريعة
الإسلامية وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة
١٩٠٣ بأن : « الملكية الفردية أيا كانت سعة نطاقها ، تنقيذ بواجب
الامتناع عن الطاق أى ضرر جسيم بالجار ويخلف فى ذلك كل
فعل يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه » وتواترت
الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادئ ذاتها (٥٠) •

المطلب الثانى :

ماهية الغلو الذى يرتب مسؤولية المالك فى القانون المدنى :

— مضمون الالتزام بحجم الأضرار بالجار :

تنص المادة ٨٠٧ من القانون المدنى المصرى الحالى على ما يأتى :

١ — على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك

الجار •

(٤٩) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣١ — ٣٢ •

(٥٠) انظر : الأستاذ حسين عامر فى المسؤولية المدنية التقصيرية

العقدية ص ٢٥٣ •

٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات • وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذي خصصت له • ولا يحسب الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » •

٢ - المبدأ بالنهي ونطاقه (١) :

يتضمن نص المادة ٨٠٧ مدنى نهياً توجه به المشرع الوضعى الى كل مالك وهو نهى عن أن يغلو في استعمال حقه الى الحد الذى يضر بالجار والا كان مسؤولاً • ويلاحظ أن مسؤولية المالك تقوم على الرغم من أنه يباشر احدى سلطاته على المملوك وهى سلطة الاستعمال • ولم يكلف المشرع الوضعى بالخطر السابق بمجرد بل أضاف أن الخطر وجزاء مخالفته مسؤولية المالك مدنيا ، لا يشمل كل مغالاة بل يقتصر فقط على كل ما يؤدى منها الى الحاق ضرر غير مألوف بملك الجار • فالخطر بجزائه ينحصر عن الضرر المألوف ولو كان ناتجا عن كيفية في الاستعمال •

فالمغالاة والضرر المألوف قرينها يمثلان الاطار لمسؤولية المالك مدنيا عن استعماله لحقه على الوجه الذى تشوبه تلك المغالاة وبالكيفية التى تحدث ذلك الضرر على وصفه المذكور •

وبالرغم من أن النص السابق يتكلم عن المالك الا أن حكمه يمتد فيشمل فعل كل من يشغل العقار ذلك أن نص المادة ٨٠٧ مدنى يفصح عن قيام التزام عيني يحمل الملكية لا شخص المالك وهو التزام ينشأ

(١) انظر : د • طلبة وهبة خطاب فى النظام القانونى لحق الملكية فى

القانون المدنى المصرى ص ٨٧ ط ١٩٨٧ •

بمجرد التجاور بين عقارين يشغلها شخصان لكل منهما موقع محدد ولا بشرط أن يكونا مالكيين • فاللغوضاء أو الدخان المنبعثة من شقة مثلا تسبب نفس المضار سواء كان الجار مالكا أو مستأجرا (٢) •

٣ — تحديد حالة مضار الجوار غير المألوفة :

لكي نحدد حالة مضار الجوار غير المألوفة يجب أن نميز بين حالات ثلاث :

١ — مجاوزة الحدود الموضوعية للحق •

٢ — حالة التعسف في استعمال حق الملكية •

٣ — حالة مضار الجوار غير المألوفة •

١ — مجاوزة الحدود الموضوعية للحق •

إذا تجاوز المالك حدود حقه كأن فتح في البناء الذي يقيمه على أرضه مطلا على ملك الجار على مسافة أقل مما حدده القانون أو وضع مواد البناء في أرض جاره ، أو سالت باهماله المياه المتخلفة عن مصنعه إلى أرض جاره كان مسئولا طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية عن الضرر الذي يلحق جاره • وقد يسأل المالك باعتباره حارسا لما يملكه ، عن الضرر الذي يحدثه تهدم البناء ، أو فعل الحيوان ، أو الشيء غير

(٢) انظر : الأستاذ الدكتور السنهوري في الوسيط ج ٨ ص ٦٨٦ دار احياء التراث العربي بيروت ، ٥٠١ • أحمد سلامة في الملكية الفردية في القانون المصري ص ١٠٩ هامش (١) ط أولى سنة ١٩٧٠ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن في حق الملكية والتأمينات العينية والشتتصية ص ٣٢ ط سنة ١٩٨٧ م ، د. محمد ربيب شنب في موجز في الحقوق العينية الاصلية ص ٢٣٧ ط ١٩٧٣ •

الحى طبقا للقواعد العامة فى المسئولية عن الأشياء (٣) *

— التعسف فى استعمال الحق :

كذلك يسأل المالك اذا تعسف فى استعمال حقه ، كما لو قصد باستعمال الشيء المملوك له الاضرار بغيره ، أو كانت المصالح التى يجنيها من استعماله قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة م • من القانون المدنى *

نفى الحالات الثلاث السابقة — حالات التعسف الواردة فى المادة الخامسة من القانون المدنى — يعد سلوك صاحب الحق سلوكا خاطئا، اذ هو يقصد الاضرار فى الحالة الأولى وهذا هو الشأن فى الحالة الأخرى • حيث يفترض أن الشخص الذى لا يسعى من وراء استعماله لحقه الا الى مصلحة تافهة بالنسبة لما يصيب الغير من ضرر ، انما هو بقصد الاضرار بهذا الغير ، وهذا هو الشأن بالنسبة لمن يرمى الى تحقيق مصلحة غير مشروعة من وراء استعماله حقه (٤) •

(٣) انظر : د.أ. محمود جمال زكى فى الحقوق العينية الأصلية ص ٥٧ ط. سنة ١٩٧٨ ، د. طلبية وهبة فى المرجع السابق ص ٨٨ ، د. شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٦ ، استاذنا الدكتور عبد الخالق حسن فى المرجع السابق ص ٢٨ ، استاذنا الدكتور لاشين الفاياتى فى حق الملكية وأسباب كسبه ص ٨٢ مذكرات على الآلة الضاربة سنة ١٩٨٠ ، حسين عامر فى المسئولية المدنية التقصيرية والتعاقدية ص ٢٦٩ ط ثانية سنة ١٩٧٩ •

(٤) انظر : د.أ.د. توفيق حسن فوج فى الحقوق العينية الأصلية ص ١٤٧ ط ١٩٨٣ •

(٢٠ — شريعة)

— مضار الجوار غير المألوفة :

على أن المالك قد لا يخالف نصا في القانون ، ولا يتجاوز حدود حقه ، ولا يتعسف فيه ، ومع ذلك يلحق جيرانه نتيجة استعماله لحقه ضرر لم يكن في وسعه أن يتجنبه كأن يقيم مصنعا بعد الحصول على ترخيص به واتباع جميع الاشتراطات التي يتطلبها القانون ، بل وانجاز كل الاحتياطات الفنية التي من شأنها منع الضرر ، فهل يظل رغم ذلك مسئولاً قبل جيرانه عن الأضرار التي تلحقهم نتيجة وجود مصنعه أو العمل فيه ؟

تجيبنا على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى كما سبق أن رأينا بقولها : « ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ».

فالمسألة التي يعالجها هذا النص هي صورة مالك استعمل حقه دون أن يرتكب أى خطأ ، أى هو بذل في ذلك العناية الواجبة واتخذ من الاحتياطات ما يلزم في الظروف التي يوجد فيها ، ودون أن يخالف القوانين واللوائح الخاصة ودون أن يتعسف في استعمال هذا الحق ومع ذلك فان استعماله قد ألحق بالجار مضار غير مألوفة فهنا لو طبقت قواعد المسؤولية التقصيرية أو طبقت نظرية التعسف لأهلت المالك من أى حساب وتحمل جاره هذه المضار • وواضح أن هذا الافلات من الجزاء يحدث اختلالا بالتوازن في استعمال العقارات المتجاورة وتلك نتيجة لم تعد تستقيم مع اعتبار حق الملكية حقا مقيدا • ولهذا فقد تدخل الشرع الوضعى بنص المادة ٨٠٧ مدنى ليعيد التوازن المختل وليمكن الجار من المطالبة بمنع هذه المضار أو بالتعويض عنها (٥) •

(٥) انظر ١٥٠١ ، أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٠ •

مما سبق يتضح الفرق بين حالة مزار الجوار غير المألوفة وحالاتي مجاوزة الحدود الموضوعية للحق والتعسف في استعمال هذا الحق .
ففى الحالة الأولى يكون هناك خطأ ثابت أو مفترض في جانب المالك ولذلك يعرض المالك عن الضرر مهما كان ضئيلا . وفي حالة التعسف في استعمال حق الملكية يكون من المتعين أيضا حد الضرر مهما كان ضئيلا، أما في المسئولية عن حالة مزار الجوار غير المألوفة والتي نحن بصدها فلا يكون هناك أى خطأ في جانب المالك ، ولا يكون المالك متعسفا في استعمال حق ملكيته فهو لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد لا خروجا عن حدود حق الملكية ولا تعسفا في استعمالها ، بل كل ما هنالك أن استعمال المالك لحق ملكيته أضر بالجار ، ولذلك لا يعرض الجار عن الضرر الا اذا كان ضرا غير مألوف أى ضرا فاحشا ، ولا يعرض عن الضرر المألوف أى الضرر الذى لا يمكن تجنبه بين الجيران(٦) .

ولا شك أن للصورة المتقدمة أهمية كبيرة في الوقت الحاضر ، نظرا لاتساع العمران وازدياد عدد المصانع وهي مصدر أضرار مختلفة للجيران بما ينبعث عنها من أدخنة وأبخرة تسيء الى صحتهم وبما يحدثه سير العمل فيها من ضوضاء تعكر صفو راحتهم أو من ارتجاجات منتظمة توهن أساسات منازلهم ويؤدى كل ذلك الى إلحاق الخسارة بهم نتيجة هبوط قيمة عقاراتهم ، بل ان الحال التجارية والمحلات العمومية قد تكون مصادر مزار جديفة كاللافتات المضيئة بما تحدثه من ضوء مبهر والضوضاء التى تحدثها محال بيع أجهزة الذيداع أو أدوات الموسيقى أو المسارح أو دور الخيالة والصخب والصياح الذى

(٦) انظر : ٥٠٩ السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٤ ، د طلبة
وهبة فى المرجع السابق ص ٨٩ ، ٥٠٩ توفيق فرج فى المرجع السابق
ص ١٤٨ .

يحدثه التلاميذ في المدارس وتزداد على مر الزمن أهمية المسألة تحت تأثير عوامل اجتماعية ، باتساع رقعة المدن وعلى الخصوص بازدياد كثافة السكان فيها ، وعوامل فنية بكثرة استخدام الآلات التي تزيد متاعب الناس بقدر ما تيسر وسائل الحياة لهم وعوامل نفسية بازدياد وعى الأفراد وأدراكهم لحقهم في حياة مريحة هادئة (٧) .

في هذه الأمثلة وغيرها تضع المادة ٨٠٧ مدنى حدا لاستعمال الملكية المنوع والجائز .

الشروط الواجب توافرها في حالة مضار الجوار غير المألوفة :

لا تقوم مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة طبقا للمادة ٨٠٧ مدنى الا بطلو في استعمال حقه يحدث بالجار ضررا ينبغى أن يكون غير مألوف .

وتأسيسا على ذلك فلا مسؤولية على المالك لجرد أنه يخلو في استعمال حقه دونما ضرر يلحق الجار مع أن ذلك نادر . وبذات القدر أيضا لا مسؤولية على المالك مع الظو وحتى مع الاضرار بالجار لو كان هذا الضرر مألوفاً ، ذلك أن الجيرة أو المتلاصق أو التقارب بين الأماكن عموما تسبب عادة مضايقات وأضرار لا يمكن تلافيها ، أو يمكن تلافيها ولكن بالتضييق على الناس في استعمال حقوقهم ، ولذلك جرى العمل بين الجيران على تحمل قدر من هذه المضايقات والأضرار والتسامح بشأنها بحيث يمكن وصف هذا القدر بالمضار المألوفة ، فلا يكون لجار أن يرجع على جاره طالبا إزالة هذه المضار أو التعويض عنها . والا

(٧) انظر : في هذه الأمثلة د.أ. محمود جمال الدين زكى في المرجع السابق ص ٦٠ ، د.أ. أحمد سلامة في المرجع السابق ص ١١٠ د.أ. اسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية ص ١٢٩ ١٣٠ ط ثانية سنة ١٩٦١ .

غلت أيدي المالك عن استعمال حقوقهم وعد عزوفهم عن استعمال تلك الحقوق أمراً مألوفاً وهذا غير صحيح (٨) .

ويقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد :

« والمبدأ الأساسي الذي وضعه النص هو نهى المالك عن أن يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . فهناك إذن شرطان لمسئولية المالك : ضرر يصيب الجار وغلو المالك في استعمال حقه . والمهم هو تحديد هذا الغلو ، فقد تبين أن العمل الضار بالجار لا يوجب المسؤولية حتماً ، بل لابد أن يكون في العمل غلو من المالك في استعمال حقه . وقد حددت الفقرة الثانية من النص معنى الغلو ، ورسمت له معياراً مرناً لا قاعدة جامدة . فالغلو يتصف به كل عمل يحدث ضرراً غير مألوف للجار ، فالمعيار إذن هو الضرر غير المألوف ويجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضهم لبعض من ضرر مألوف وإلا غلت أيدي المالك عن استعمال حقوقهم . أما إذا أحدث عمل المالك ضرراً غير مألوف بالجار فإنه يصبح مسئولاً عن تعويض هذا الضرر ... » (٩) .

وخلاصة القول أن شروط مسؤولية المالك ترجع وعلى حد تعبير الفقه (١٠) إلى فكرة الغلو في استعمال المالك لحق الملكية ، ومعنى الغلو هنا هو أن يصيب المالك في استعماله لحق ملكيته الجار بضرر غير مألوف .

معيار الضرر غير المألوف :

الضرر غير المألوف هو الضرر الذي لم تجر العادة بتحملة دون

(٨) انظر : د. ٥٠٩ . ظلية وقيمة في المرجع السابق ص ٨٩ ، د. محمد لينب شنب في المرجع السابق ص ٢٣٧ ، د. ٥٠٩ . توفيق حسن نرج في المرجع السابق ص ١٥٠ ، ١٥١ .

(٩) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣١ .

(١٠) انظر : أد. السنهوري في الوسيط ج ٨ ص ٦٩٥ .

شكوى، والغالب أن يكون ضررا فاحشا (١١) أو هو الضرر الفاحش غير اليسير (١٢) • وبعبارة أخرى يكون الضرر غير مألوف متى زاد عن الحد المعهود فيما يتحملة الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار فإذا زاد الضرر على هذا الحد كان ضررا غير مألوف ووجب التعويض عنه (١٣) •

وعن معيار هذا الضرر يمكننا أن نستخلص ما يميزه من نص الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى التى تقول «وانما له (أى للجار) أن يطلب إزالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذى خصصت له » •

ونقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد قضت المادة ٠٠٠ بأنه يراعى فى تحديد الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة منها : (أ) العرف (ب) وطبيعة العقارات (ج) وموقع كل منها بالنسبة للآخر (د) والغرض الذى خصصت له • فمن ذلك ينبى أن ما يعتبر ضررا مألوفاً فى ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمحلات العامة ، يعتبر ضررا غير مألوف فى ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها وسكنى العلية من الناس •

فاذا فتح محل مغلق للراحة فى وسط المساكن الهادئة كان فى هذا ضرر غير مألوف تجب ازالته » (١٤) •

(١١) انظر : د ٠٠٩ شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٧ •

(١٢) انظر : أستاذنا الدكتور عبد الناصر توفيق العطار فى شرح

أحكام حق الملكية مذكرات على الآلة الضاربة ص ٣٧ ط ١٩٨٥ •

(١٣) انظر : د ٠٠٩ السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٦ •

(١٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٢ •

من ذلك نرى أن معيار « الضرر غير المألوف » جاء متسماً بالمرونة
لا قاعدة جامدة فيتكيف مع الظروف المختلفة ويواجه الحاجات المتغيرة
ويستجيب لقتضيات كل منها •

ويكون المعيار مرناً يفيد أنه ليس هناك حد معين أو رقم معين يجب
أن يصله الضرر حتى يقال عنه أنه غير مألوف أو أن التسامح لا يرد
عليه واذن فقد يتفق أن يكون ذات الضرر مألوف في حالة وغير مألوف
في حالة أخرى (١٥) • فالضايقات التي تنتج من الدخان قد تكون ضرراً
مألوفاً في الريف حيث يوجد بكل منزل (فرن) أو في حي مخصص
للمصانع ولكنه لا يعد كذلك في حي سكني المدينة وتساعد الروائح من
الدور الأسفل من مبنى قد يؤدي إلى مضايقة صاحب الدور الأعلى ولكنه
إلى حد ما ضرر لا يمكن تجنبه بسبب موقع العقارات بعضها من بعض
وفي هذه الحدود يعتبر ضرراً مألوفاً لا يسأل مالك السفلى عنه (١٦) •

على أن يراعى في تقدير الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة
منها كما سبق القول لعرف طبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة
للآخر ، والغرض الذي خصصت له •

العرف : والمقصود بذلك هو ما جرت به العادة بين الجيران في مكان
معين ، بحيث يعتبر الضرر مألوفاً إذا جرت عادة الجيران في هذا المكان
على تحمله ، وبالعكس يعتبر الضرر غير مألوف إذا كانت العادة لم تجر
بتقلبه أو التسامح بشأنه •

(١٥) انظر : د.أ. أحمد سلامة في المراجع السابق ص ١١٩ ،

قرب حسين عامر في المراجع السابق ص ٢٥٥ •

(١٦) انظر : د.أ. جميل الشرفاوى في الحقوق العينية الأصلية

ج ١ ص ٧٥ ط ١٩٧٤ ، د.أ. منصور مصطفى منصور في حق الملكية في

القانون المدني المصري ص ٢٥٦ ط ١٩٦٥ ، د.أ. حسن كيرة في الحقوق

العينية الأصلية ج ١ ص ٢٩٨ ط ١٩٥٨ •

فالنظر الى العرف يؤدي الى التفرقة بين ظروف المكان وظرف الزمان فالعرف مثلا يقضى بأن ما يتحملة أهل الريف قد لا يتحملة أهل المدينة • وكذلك جرى العرف في الأعياد والمواسم وفي مناسبات مختلفة أن تشتد الحركة ويكثر الجلبى وبخاصة بين الصبية الصغار أو في مناسبات الأفراح أو المآتم أو الحفلات فكل هذه أضرار مألوفة لا يمكن تجنبها وعلى الجيران أن يتحملوها دون الرجوع على المالك (١٧) •

طبيعة العقارات : قد تفرق طبيعة العقارات بين الضرر المألوف والضرر غير المألوف خصوصا مع النظر الى الحى الذى يوجد به العقار فالضجة التى يحدثها مالك أرض فضاء عند استعماله لها لا تعتبر ضررا غير مألوف اذا كان ما حولها أراضى فضاء بخلاف ما اذا كان مباني سكنية • وما يعتبر ضررا غير مألوف فى حى سكنى لا يعتبر كذلك فى حى صناعى •

موقع كل عقار بالنسبة للآخر : قد يحدد موقع كل عقار بالنسبة للآخر للضرر غير المألوف • فتلاصق العقارات يوجب على أصحابها تحمل قدر من الأضرار ، لا يتعين على أصحاب العقارات غير الملاصقة تحملها • فالحركة المحسوسة كدبيب الأقدام أو الدق فى المطبخ ضرر يجب أن يتحملة الجيران الملاصقون ، ولكن اذا كان الصوت يصل الى الجيران البعيدين فانه يعتبر ضررا غير مألوف (١٨) •

الغرض الذى خصص له العقار : يجب أن يراعى فى تحديد الضرر غير المألوف الغرض الذى خصص له العقار فالعقار المخصص لغرض

(١٧) انظر ٥٠١. السنهوري فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٨ ، ٥٠٩. أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٩ ، ٥٠١. غيه الناصر والعطار فى المرجع السابق ص ٣٧ ، ٥٠١. شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٨ ، ٥٠١. انظر (١٩٠٨) ٥٠٩. شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٨ •

يُطلب تحقيقه قهراً من الهدوء كالمسكنى ، أو الاستشفاء ، غير العقار المخصص ليكون مصنعا أو مكتبا أو محلا تجاريا • فيعتبر الضرر غير مألوف إذا كان من شأنه أن يفوت على مالك العقار الغرض المقصود من استعماله ، مادام هذا الغرض عاديا مألوفا • وعلى ذلك فالضجة التي يتحدثها ورشة قد تعتبر ضررا غير مألوف إذا كان العقار المجاور لها مخصصا للاستشفاء أو النقاهاة وتعتبر ضررا مألوفا إذا كان هذا العقار مخصصا سكناً عاديا (١٩) •

وجملة القول في ذلك أن الضرر الذي يوجب التعويض هو الضرر غير المألوف أو غير العادى ، على ألا ينظر في تقدير صفته الى الضرر في ذاته • والا لا يمكن على الاطلاق مسالة أصحاب المصانع عن الأضرار التي تلحق الجيران من مصانعهم ، لأن الاستغلال الصناعى أصبح الآن ، أمرا عاديا أو مألوفا بل يراعى في تقديره الظروف التي تحيط به •

الضرر غير المألوف أو غير العادى ، وهو الضرر الذى لم يعتد الجيران تحمله في منطقة محدودة ووقت معين • ويمكن القول ببناء على هذا ، بأن المالك الذى لا يستعمل حقه وفقا للظروف العادية التي تحيط بالعقار الذى يملكه في العصر الذى يعيش فيه ، يلتزم بتعويض الضرر الذى يحدثه ، لأنه بالاستعمال غير العادى أو غير المألوف لحق الملكية ، يهدم التوازن القائم في علاقاته بجيرانه ومن هنا يظهر المفيد الذى فرضه القانون في المادة ٨٠٧ على حق الملكية لمصلحة الجيران (٢٠) •

ويلاحظ أن الظروف الأربعة السابقة المذكورة في القانون ليست واردة على سبيل الحصر ، بل هي مجرد أمثلة للاعتبارات الموضوعية

التي يجب مراعاتها في تقدير اذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف ، لذلك يجوز الاعتداد باعتبارات وظروف أخرى كاعتبار مستغل المسرح مسؤولاً عن الضجة التي يحدثها رواد مسرحه في ساعة متأخرة من الليل (٢١) * . كما أن ما يعتبر ضرراً مألوفاً في حي صناعي أو تجاري قد يعتبر ضرراً غير مألوف في حي سكني هادئ وعلى ذلك اذا فتح شخص محلاً مقلقا للراحة كورشة نجارة أو حدادة في حي صناعي فان الضرر الذي يصيب الجيران من جراء فتح هذا المحل يعتبر ضرراً مألوفاً ، في حين أن هذه الضجة تعتبر ضرراً غير مألوف اذا كان المحل قد فتح في حي هادئ مخصص للسكنى (٢٢) * .

والأمر في تقدير كل هذا يرجع الى القاضي يقدره في كل حالة على ضوء الظروف السابقة وبغير رقابة عليه من محكمة النقض (٢٣) الا أنه

-
- (٢١) انظر : د.أ. حسن كيرة في المرجع السابق ص ١٤٨
 د.أ. شنب في المرجع السابق ص ٢٣٩ ، د.أ. عبد الناصر العطار في
 المرجع السابق ص ٢٨ ، حسين عامر في المرجع السابق ص ٢٥٦ .
 (٢٢) انظر : د.أ. شنب في المرجع السابق ص ٢٣٩ ، د.أ. توفيق
 حسن فرج في المرجع السابق ص ١٥٣ .
 (٢٣) انظر : د.أ. السهنوري في المرجع السابق ص ٦٩٨ هامش .
 (١) ، د.أ. توفيق حسن فرج في المرجع السابق ص ١٥٣ ، د.أ. عبد الناصر
 العطار في المرجع السابق ص ٣٧ ، د.أ. اسماعيل غانم في المرجع السابق
 ص ١٣٢ ، د.أ. حسن كيرة في المرجع السابق ص ٣٢٥ ، د.أ. منصور
 مصطفى منصور في المرجع السابق ص ٥٦ ، د.أ. عبد المنعم فرج الصده
 في حق الملكية ص ٩٣ ط سنة ١٩٦٤م استأذنا الدكتور عبد الخالق حسن
 في المرجع السابق ص ٣٣ ، وانظر أيضا نقض مدني في ١٣/٢/١٩٦٩
 الطعن رقم ١٥ س ٣٥ ق مجموعة أحكام النقض السنة العشرون العدد
 الأول ص ٣١٧ رقم ٥١ حيث جاء فيه : « تقدير التفسير والغلو في
 استعمال المالك لحقه هو من شئون محكمة الموضوع ، كما أن تقدير
 التعويض الجائر للضرر الناتج عن هذا التفسير هو مما تستقل به محكمة
 الموضوع متى كان القانون لا يلزمها باتباع معايير معينة في شأنه » .

قد أثير في هذا الصدد أمران : من ناحية أولى هل يختلف الضرر تبعاً للأشخاص ، أى تبعاً للظروف الخاصة بمن أصابه الضرر من الجيران ؟ ومن ناحية ثانية تثار فكرة الأسبقية في الاستغلال فهل تعد الأسبقية في الاستغلال مبرراً لحماية محدث الضرر ؟

دور الظروف الشخصية في تقدير الضرر :

إذا كان من المسلم به أن الضرر الذي يسأل عنه الشخص هو الضرر الذي يتجاوز الحد المألوف ، فإن هذا الضرر يختلف من شخص إلى آخر ، فالضوء الذي لا أثر لها على شخص موقور الصحة أو تاجر يخلد في منزله إلى نوم عميق ، قد تكون غير محتملة لشخص عصبي المزاج تحرمه من النوم ، أو مشتغل بعمل عقلي تمنعه من التركيز فيه . فالاستعداد الشخصي للجار ذو أثر على تحديد الضرر الذي يحدثه جاره ، فهل تجب مراعاته عند تقدير صفة الضرر ، واعتباره ضرراً مألوفاً على الجار أن يتحمله ، أم ضرراً غير مألوف على من يحدثه الامتناع عنه ؟ الرأي منقسم في مصر حول هذه الفكرة .

فأغلب الفقهاء (٢٤) يرى أن معيار الضرر غير المألوف معيار موضوعي لا معيار ذاتي بحيث ينظر فيه إلى اعتبارات تتعلق بالزمان والمكان بصفة عامة ومن ثم فلا اعتبار للظروف الشخصية للجار سواء

(٢٤) انظر : ٥٠١ السنهوري في الوسيط ج ٨ ص ٦٩٧ ،

٥٠٢ عبد المنعم فرج الصده في المرجع السابق ص ٩٣ ، ٩٤ ، ٥٠١ حسن

كيرة في المرجع السابق ص ١٤٧ ، ٥٠١ أحمد سلامة في المرجع السابق

ص ١١٩ وما بعدها ، ٥٠١ اسماعيل غانم في المرجع السابق ص ٦٢ ،

٥٠٢ شنب في المرجع السابق ص ٢٣٨ ، استاذنا الدكتور عبد الخالق

حسن في المرجع السابق ص ٣٤ ، ٥٠١ طلبة وهبة في المرجع السابق

ص ٩١ ، استاذنا الدكتور لاشين الغاياني في المرجع السابق ص ٨٦ ~

تعلق امر بظروف استثنائية أم بظروف عادية « فلا اعتبار لحالة الجار الذاتية ، كأن يكون الجار مريضا أو منشغلا بأعمال تقتضي الهدوء التام . فيزعج لأية حركة ولو كانت مألوفة وإنما العبرة بحالة الشخص المعتاد وهو شخص من أوساط الناس يزعجه ما يزعج الناس عادة . ويتحمل ما جرى العرف بتحملة بين الجيران . فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعدّ ضرا غير مألوف بالنسبة إليه ، ولو كان هذا الجار يحتمل أكثر مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون له الغنم ، أو كان يحتمل أقل مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغنم » (٢٥) .

وهذا هو الأرجح في نظرنا ويكتفي بالتدليل على الموضوعية في معيار الضرر غير المألوف ما جاء بالمذكرة الإيضاحية وأوردناه سلفا ويتعلق باعتبارات يتعين الاعتماد بها على حد قول المشرع الوضعى عند تقدير الضرر غير المألوف وهى اعتبارات ينطلى عليها وصف الموضوعية دون سواء فقد أوجب النص الاعتماد بالعرف ، طبيعة العقارات ، موقع كل منها بالنسبة للآخر ، الغرض الذى خصصت له .

ويفرق بعض الفقه (٢٦) بين الظروف الشخصية العادية وهذه تؤخذ في الاعتبار عند تحديد الضرر غير المألوف — والا لما تحققت الغاية التى قصدها الشارع كاملة — وبين الظروف الشخصية غير العادية

(٢٥) د.١ السنهوري فى المرجع السابق ص ٦٩٧ .

(٢٦) انظر : د.١ محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٦٨ ، ٦٩ ، د.١ عبد المنعم البدر اوى فى الحقوق العينية الاصلية ص ١٢٦ ط سنة ١٩٥٦ ، د.١ توفيق حسن قرج فى المرجع السابق ص ١٥٥ ، ١٥٧ ، د.١ جميل الشرقاوى فى الحقوق العينية الاصلية — الكتاب الأول حق الملكية ص ٧٦ ط ١٩٧٤ ، د.١ عبد الناصر القطاز فى المرجع السابق ص ٣٨ ، حسين عامر فى المرجع السابق ص ٢٥٥ ، ٥٤١ .

وهذه لا عبرة بها في تحديد الضرر غير المألوف . فالضوضاء الخفيفة جدا التي لا يابه لها الا مريض بأعصابه لا تعتبر ضررا غير مألوف ولو أحدثت به أزمات عصبية. ولكن الضوضاء التي تقلق المحامي في مكتبه تعتبر ضررا غير مألوف ولو كانت غير ملحوظة بالنسبة لغير المشتغل بعمل ذهني ، لأن القيام بأعمال عقلية يعتبر أمرا عاديا ، ولتاجر المذيعات أن يطالب بالتعويض جاره الذي يعطل بالآلات التي يديرها في ملكه استقبال الاذاعة ويعوقه عن بيع سلعته واو كان لا يتضرر من ذلك التاجر في أية سلعة أخرى لأن تجارة المذيعات تعتبر كذلك أمرا عاديا(٢٧).

أسبقية الاستغلال :

المسألة الأخرى التي تثار في هذا الصدد هي أسبقية الاستغلال . فلو فرضنا أن شخصا أقام مصنعا أو مدبغة أو ملهى أو محلا آخر مقلقا للراحة أو مضرا بالصحة أو خطرا في جهة نائية بمفرده، ثم امتد العمران الى هذه الجهة ، فهل يجوز لأصحاب المنازل التي جاورت المصنع أو هذه المحال أن يطلبوا التعويض عن الأضرار غير المألوفة التي تصيبهم من المصنع أو هذا المحل ؟

الذي يبدو أنه ليس لملك المنزل أن يتضرر من استعمال جاره لملكه على النحو الذي يستعمل فيه ، ذلك أن هذا الاستعمال كان موجودا من قبل تحقق الجوار وقد ارتضى مالك المنزل الجوار رغم علمه بالاستعمال المخصص له ملك جاره .

(٢٧) انظر في هذه الأمثلة : د. د. محمود جمال الدين زكي نى.

وبهذا قال فقهاء الحنفية (٢٨) ولذلك نص قديرى باشا رحمه الله في كتابه مرشد الحيران في المادة ٦٣ على أنه :

« ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا ، فأحدث غيره بجواره بناء مجعدا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبايبك الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه » •

وعلى مذهب الحنفية سارت المذكرة الايضاحية حيث قالت : « أما اذا كان المحل المعلق للراحة هو القديم ، وقد وجد في ناحية مناسبة له ، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكنى الهادئة فليس لصاحب هذا البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المعلق للراحة ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه •• » (٢٩) وهذا ما رده بعض فقهاء القانون في مصر (٣٠) •

بيد أن الفقه الوضعى في مجموعه لم يوافق على ما سبق من هذه الصورة المطلقة ، لأن مقتضى التسليم بذلك يؤدى الى أن المالك الذى يسبق غيره في اختيار نوع من أنواع الاستعمال ، يستطيع أن يفرض هذا الاستعمال على من يأتى بعده من الملاك دون أن يكون لهم الرجوع

-
- (٢٨) انظر : فتح القدير لابن الهمام ج ٥ ص ٥٠٦ ط مصطفى محمد سنة ١٣٥٦هـ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزبيلى ج ٤ ص ١٩٦ ط ط أولى بلاق سنة ١٣١٤هـ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ ط ١٣٢٤هـ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ ط سنة ١٣٢٤هـ . وانظر من الفقهاء المحدثين فضيلة الشيخ على قراعة في دروس في المعامات الشرعية ص ٢٣ مطبعة الفتوح •
- (٢٩) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٣ •
- (٣٠) انظر : ٥٠١ : السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٧٠٠ ، ٧٠١

عليه بسبب ما يلحقهم من أضرار غير مألوفة أو بعبارة أخرى فإن الأخذ بهذه الصورة المطلقة يؤدي الى أن يكون للباديء في الامتلاك أو الاستغلال الحق في فرض ارادته على الجيران الطارئین وذلك باجبارهم اما على القيام بنوع معين من الاستغلال يتلاءم مع استغلاله واما على تحمل الأضرار غير المألوفة الناشئة عن الاستغلال المصنع اذا اختاروا بناء أماكن للسكنى (٣١) .

ولذا فإن الغالبية العظمى من فقهاء (٣٢) القانون يذهبون الى أن الأسبقية وحدها لا يترتب عليها حرمان الجار من الحق في طلب التعويض إلا أن تكون أسبقية جماعية ، لا لفرد ولا لأفراد قلائل بمحيث تصبغ الحي بطابع معين ، فيوصف مثلاً بأنه حي صناعي فعندئذ تحول هذه الأسبقية الجماعية بين من يأتي بعد ذلك من الجيران وبين طلب التعويض . ويستند هذا الرأي الى أن الأسبقية الجماعية تجعل الضرر الناتج عن المصنع لصاحب المسكن الذي استحدث بعد ذلك ضرراً مألوفاً

-
- (٣١) انظر : د.أ. شنب في المرجع السابق ص ٢٤٠ ، د.أ. جمال الدين زكي في المرجع السابق ص ٧٠ ، د.أ. أحمد سلامة في المرجع السابق ص ١٢٣ ، د.أ. اسماعيل غانم في المرجع السابق ص ١٣٤ ، ١٣٥ (٣٢) انظر : د.أ. السنهوري في الوسيط ج ٨ ص ٧٠٢ ، د.أ. اسماعيل غانم في المرجع السابق ص ١٣٥ ، د.أ. حسن كيرة في المرجع السابق ص ٢٣٢٩ ، د.أ. محمد علي عرفة في حق الملكية ص ٢٤٧ ط ثلاثة سنة ١٩٥٤ ، د.أ. منصور مصطفى منصور في المرجع السابق ص ٥٩ ، د.أ. عبد المنعم فرج الصدة في المرجع السابق ص ٩٤ ، ٩٥ ، ١٠١ مصطفى جمال في نظام الملكية ص ١١٦ ، ١١٧ ط ١ سنة ١٩٦٨ ، د.أ. شنب في المرجع السابق ص ٢٤٠ ، د.أ. طلبة وهبة في المرجع السابق ص ٩٢ ، استاذنا الدكتور عبد الخالق حسن في المرجع السابق ص ٣٥ ، د.أ. أحمد سلامة في المرجع السابق ص ١٢٣ .

له بخلاف ما اذا لم تكن هذه الأسبقية جماعية وأصبح النحي سكتيا فان الضرر عندئذ سيكون غير مألوف • وعلى ذلك اذا امتد العمران الى منطقة جديدة ، ربدأ الناس يشتركون اراضى هذه المنطقة ، ويخصصونها لاقامة مصانع ومعامل ومخازن ، حتى اصطبغ هذا الحي بالصفة الصناعية فليس لن يأتى بعد ذلك ويقيم مسكنا في وسط هذا الحي . أن يتضرر من الضجة أو من الدخان أو من الروائح التى تنبعث من أملاك الجيران ، لأن هذه الأضرار تعتبر مألوفة في مثل هذا الحي •

بيد أن هذا الرأي محل نظر (٣٣) • لأن صاحب المصنع مثلا لا يفرض ارادته على مستقبل الحي ، فليغيره أن يبنى حوله مساكن على أن يتحمل هذا الغير أضرار المصنع القحيح التى كانت تحدث وقت انشاء هذه المساكن ، فصاحب المصنع لا يجبر غيره على اقامة مصانع حوله وانما هو فقط لا يسأل عن الأضرار الناشئة عن مصنعه عند اقامة هذه المساكن • كما أن عبارة « في ناحية مناسبة له » التى وردت بالمذكرة الايضاحية والثى استند اليها جمهور فقهاء القانون الوضعى في القول بأن هذه العبارة تعنى وجد في حى مناسب أى أن الأسبقية في القدم لا تكفى وحدها بل يجب أن تكون أسبقية جماعية • هذه العبارة لا تعنى الحى المناسب وانما تعنى المكان المناسب وقد يكون هذا المكان أرض فضاء لم يسبق اليها صاحب المصنع وبالتالي تكفى الأسبقية وحدها دون اشتراط أن تكون هذه الأسبقية جماعية • والعمل بالأسبقية الجماعية تقتضى اما تأجيل الفصل في النزاع حتى تتضح الصورة التى سيكون عليها الحى ويصطبغ بها ، وهو أمر غير مقبول ، أو يقتضى التفرقة بين الجيران بغير مبرر ، فمن بنى منهم مسكنا قبل أن يصطبغ الحى بصبغة معينة يستحق تعويضا باعتبار أن الضرر غير مألوف لأن الأسبقية فردية أو لأفراد قلائل ، ومن بنى بعد أن اصطبغ الحى بصبغة معينة

لا يستحق تعويضا باعتبار أن الضرر مألوف لأن الأسبقية جماعية .
 هذا فضلا عن أن العمل بفكرة الأسبقية الجماعية يوجد الصعوبات أمام
 حركة التصنيع لأنه سيجبر من يفكر في إقامة مصنع على إقامته في
 منطقة مصانع وقد يتعذر عليه ذلك ، فإذا اختاره في منطقة بعيدة عن
 العمران خشى أن يمتد العمران إليها ، وقد لا يقره القاضى على زعمه
 بأنه بنى مصنعه في « ناحية مناسبة » .

فضلا عن هذا فإنه لا يجوز الاستناد إلى ما ورد في المذكرة
 الإيضاحية للمشروع التمهيدى أيضا ، لأن ما ورد فيها اجتهادا
 لأوضاعها لا يلزم الفقيه أو القاضى (٣٤) .

ويأخذ بعض الفقهاء (٣٥) بالرأى السابق إذا كانت طبيعة الحي
 قد تددت ، فإذا لم تكن قد تددت بصورة واضحة فيأخذ بفكرة
 الأسبقية مع مراعاة ظروف كل حالة .

وهناك رأى (٣٦) يذهب إلى التفرقة بين ما إذا كان المصنع
 مجاوره أرض فضاء أو مباني سكنية ، ففي الحالة الأولى لا تعويض
 باعتبار أن ثمن الأرض الفضاء روعى فيه مجاورتها للمصنع بخلافه
 الحالة الثانية .

وانتقد هذا الرأى على أساس أنه يؤدي إلى أن المالك الأصلي
 للأرض — وهو الذى باعها للمشتري — يكون هو الذى تحمل الخسارة .

(٣٤) انظر : ٥٠١ . محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٧٠

(٣٥) انظر ٥٠١ . توفيق فرج فى المرجع السابق ص ١٥٨ ، ١٥٩ .

(٣٦) انظر : ٥٠١ . عبد المنعم البدر اوى فى الحقوق العينية الأصلية

ط ثانية سنة ١٩٥٦ .

دون أن يراجع على صاحب المصنع ، مع أن المصنع لا يحق لوجود الأرض ، فكان الواجب أن يرجع المالك للأرض على صاحب المصنع بالتعويض عن الضرر غير المألوف (٣٧) .

والرأى الذى نرجحه هو ما يراه البعض من الفقهاء (٣٨) من أن أسبقية الاستغلال تعفى صاحبها من المسؤولية عن الأضرار الناشئة عنها وقت استغلال الجيران لأراضيهم . فمن أقام مسكناً بجوار مصنع ينتج عنه ضوضاء ودخان ، فليس له أن يطالب بتعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا المصنع وقت إقامة المسكن ، حتى لو انتشرت المساكن فى الحى بعد ذلك وأصبح حياً سكنياً ، لأن الأضرار الناشئة عن المصنع تعتبر مألوفة لكل من يبنى حوله ، ولأن الجار الطارىء ليس له أن يتأذى من المصنع بعد أن تخير مكان مسكنه بجواره وكان يلزمه دفع الضرر عن نفسه . على أن الأضرار غير المألوفة التى قد تنشأ عن المصنع بعد إقامة المساكن ولم تكن موجودة وقت إقامة هذه المساكن يسأل صاحب المصنع عنها ، لأنها مستحدثة بعد السكنى .

الترخيص الإدارى لا يعفى المالك من المسؤولية المدنية :

قد يحصل مالك المحل المعلق للراحة أو الضرر بالصحة أو الخطر على رخصة إدارية بإدارة محله ، ولكن هذه الرخصة لا تمنع من أن يعتبر الجار الضرر الذى يصيبه من جوار هذا المحل ضرراً غير مألوف ويطلب التعويض عنه . فالرخصة الإدارية تعفى صاحب المحل من المسؤولية الجنائية فقط ولكن لا شأن لها بعلاقة الجيران بعضهم مع بعض فإذا وقع ضرر غير مألوف من محل مرخص له إدارياً لم يمنع

(٣٧) انظر : د. أ. السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٧٠١ ، ٧٠٢

بالحامش .

(٣٨) انظر : د. أ. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٤١ ،

وقرب أد. محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٧٠ ، ٧١

هذا الترخيص الجار المذموم من الرجوع على مالك المحل إذ أن التصريح بإدارة المحل لا يعنى إطلاقاً الامتثال على حقوق الغير (٣٩) • وعدم إعفاء الترخيص للمالك من المساءلة المدنية أمر لا ينافي فيه أحد من الفقه المصري (٤٠). فهو يستند الى صريح نص المادة ٨٠٧ مدني •

المبحث الثاني : أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة

المطلب الأول : أساس مسؤولية المالك في الفقه الاسلامي :

من الأمور المسلمة أن الشريعة الاسلامية موضوعة لصالح العباد على الإطلاق ، فان قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل ، موافقاً لقصد التشريع • ولما كان الشارع المحافظة على الضروريات وما يرجع اليها من الحاجيات ، وهو عين ما كلفه العبد ، فلا بد أن يكون مطلوباً بالقصد الى ذلك (١) •

وعلى هذا فان من يرمى في تكاليف الشريعة الى غير ما رضعت له ، فقد ناقضها ، وعمله بالحكم باطل •

(٣٩) انظر : حسن عامر السابق ص ٢٧٠ •

(٤٠) انظر : ٥٠١. السنهوري السابق ص ٦٩٩ ، ٥٠١. جمال الدين

زكي السابق ص ٧١ ، ٥٠١. أحمد سلامة السابق ص ١١٦ ، ٥٠١. منصور

مصطفى السابق ص ٢٦٠ ، ٥٠١. حسن كيرة السابق ص ٣٠٣ ، ٣٠٤.

٥٠١. اسماعيل غانم السابق ص ١١٠ ، ٥٠١. توفيق فرج السابق ص ١٦٢

٥٠١. شنب السابق ص ٢٤١ ، ٥٠١. عبد الناصر العطار السابق ص ٣٩

• استاذنا الدكتور عبد الخالق حسن السابق ص ٣٥ ، ٣٦ ، ٥٠١. طلبة

وهبة السابق ص ١٠٣ ، استاذنا الدكتور لاشين الشاياتي السابق ص

• ٨٨ ، ٨٩.

(١) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٢٠٧ •

وان ما تهدف اليه الشريعة ، هو تحقيق مصالح ودرء المفسد .
وان أحكامها في هذا جميعا ، مبناها العدل والاحسان . لقد أمر الله تعالى بالعدل والاحسان في المعاملات في قوله عز وجل : « ان الله يأمر بالعدل والاحسان » (٢) وقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » (٣) وقوله تعالى : « ولا تتسوا الفضل بينكم » (٤) وعن الرسول صلى الله عليه وسلم وهو يوصي معاذ بن جبل : « أوصيك بتقوى الله وصدق الحديث ، ووفاء العهد ، وأداء الأمانة ، وترك الخيانة ، وحفظ الجار ، ورحمة اليتيم ولين الكلام وبذل السلام وخفض الجناح » (٥) وقوله عليه السلام : « لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقه » (٦) .

والمطلع لكتاب الله وسنة رسوله عليه السلام والنصوص الفقهية يجد أساس مسئولية المسالك عن مضار الجوار غير المألوفة واضحا جليا ، حيث تعتبر الشريعة الانلامية الضرر الذي يصيب الجار جريمة دينية وخلقية فضلا عن وجوب ازالة الضرر والتعويض عنه شرعا .

ومن الأحاديث التي تدل على وجوب الضمان عموما والشاملة لكل ضرر يقع قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » (٧) وقد

(٢) سورة النحل الآية ٩٠ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٠ .

(٤) سورة البقرة الآية ٢٣٧ .

(٥) احياء علوم الدين للغزالي ج ٢ ص ١٧٤ ط سنة ١٣٥٢ هـ .

(٦) المرجع السابق ص ١٨٩ .

(٧) رواه أحمد وابن ماجه . الفتح الكبير في ضم الزيادة الى

الجامع الصغير ليوسف بن اسماعيل البتھاوی ج ٣ ص ٣٤٦ ط ١٣٥٠ هـ

مصطفى الحلبي ، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٤ تحقيق محمد فؤاد

عبد الباقي ط ١ سنة ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ م دار احياء الكتب العربية عيسى

الحلبي .

وضع الفقهاء بناء على هذا الحديث قاعدة « الضرر يزال » (٨) فهذه القاعدة مما اتفق عليها الكل ولا خلاف فيها ، بل يمكن أن يقال إنها بسلمة بين جميع فرق المسلمين ، وربما يقال إنها من ضروريات الدين (٩) فالشريعة الإسلامية تمنع الضرر بأية صورة من الصور كما هو نص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قوله : « لا ضرار ولا ضرر » ففي هذا الحديث الشريف — كما يقول الشوكاني — : « دليل على تحريم الضرار على ألى صفة كان من غير فرق بين الجار وغيره ، فلا يجوز في صورة من الصور الا بدليل يخص هذا العموم ، فطليكم بمطالبة من جوز المضارة في بعض الصور بالدليل ، فإن جاء به قبلته ، والا ضربت بهذا الحديث وجهه فإنه قاعدة من قواعد الدين تشهد له كليات وحزئيات » (١٠) وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أيضا أنه قال : « من ضار أضر الله به ومن شاق شاق الله عليه » (١١) .

هذا وقد اختلف العلماء في معنى كل من الضرر والضرار . فمن العلماء من يرى أن الضرر والضرار بمعنى واحد وأن الجمع بينهما التأكيد ومن العلماء من يذهب الى أن الضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه ، وقيل الضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين ، وقيل

(٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ تحقيق عبد العزيز محمد

الوكيل ط ١ سنة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص

٨٣ ط مصطفى الحلبي طبعة أخيرة سنة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٩م

(٩) القواعد الفقهية ليزرلا حسن الموسوي ج ٢ ص ١٧ مطبعة

الآداب في النجف الأشرف سنة ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م

(١٠) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٥٩ ، ٢٦١ المجلد الثالث

الناشر مكتبة دار التراث

(١١) المرجع السابق عى نفس الموضع

لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه ، ولا يجازيه على أضراره .
 بإسخال الضرر عليه • وقيل الأول الحاق مفسدة بغيره مطلقاً والثاني
 الحاق مفسده بغيره على وجه المقابلة • وقيل الضرر ما ينفعك ويضر
 صاحبك والضرار ما يضر صاحبك ولا ينفعك وهذا وجه حسن في
 الحديث رجحه طائفة منهم ابن عبد البر وابن الصلاح وقيل
 غير ذلك (١٢) •

المطلب الثاني : أساس مسئولية المالك في القانون المدني (١٣) :

أن يثور خلاف فقهي حول مسئولية المالك وقد غلا في استعمال
 حق الملكية هو أمر يكون مفهوماً حال عدم وجود نص تشريعي بهذه

(١٢) انظر : المنتقى للباجي ج ٦ ص ٤٣١ ، تبصرة الحكام ج ٢
 ص ٢٣٥ ، ابن عابدين ج ٥ ص ٥٢١ ، حاشية الشلبي على تبين الحقائق
 ج ٦ ص ١٤٢ ، حاشية الشيخ محمد بن عمر أبو سنة القصبى على كتاب
 الايضاح ج ٦ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ط وزارة التراث القومي والثقافة بسلطنة
 عمان ، سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ١٢٧ ط مصطفى الحلبي ، نيل
 الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٦١ ، فتح المبين ص ٢٣٧ ، جامع العلوم
 والحكم ص ١٢٦٧ ، فيض القدير للمناوي ج ٦ ص ٤٣١ ط اول سنة
 ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٨ م مصطفى محمد •

(١٣) راجع في أساس المسئولية عن مضار الجوار : د. السنهوري
 في الوسيط ج ٨ ص ٧٠٢ وما بعدها ، د. اسماعيل غانم في المرجع
 السابق ص ١٣١ ، د. حسن كيرة في المرجع السابق ص ٣٢٠ ،
 د. شفيق شحاتة في النظرية العامة للحق العيني ص ٨٧ ط سنة ١٩٥١
 د. أحمد سلامة في المرجع السابق ص ١١١ وما بعدها ، د. منصور
 مصطفى منصور في المرجع السابق ص ٦٣ ، ٦٤ د. عبد المنعم فرج في
 المرجع السابق ص ٩٢ ، د. نزيه صادق المهدي في الملكية في النظام
 الاشتراكي ص ٦٧٤ ط سنة ١٩٧١ ، د. محمد علي عرفة في المرجع

المسئولية عن الغلو وهو الحال في فرنسا * اذ التقنين المدني الفرنسي قد جاء خطأ من نص يماثل في الحكم نص المادة ٨٠٧ من التقنين المدني المصري * والحال في مصر ، على ما هو واضح قاطع بوجود هذا النص ولا مجال لأى خلاف اللهم الا بصدد تأصيل هذا النص ورده الى وجه معين من أوجه المسؤولية (١٤) *

تأصيل مسؤولية المالك في القانون المدني المصري :

اختلف الفقه المصري حول تكييف الرجوع وبيان صلته بالأنظمة القانونية الأخرى وذلك على ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

ذهب بعض شراح القانون المدني المصري (١٥) الى أن مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة انما ترجع الى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فالمالك اذى يلحق بجواره ضررا غير مألوف يكون متعسفا في استعمال حق ملكيته ، قائلين ان المادة ٨٠٧ مدنى تضيف معيارا جديدا لمعايير التعسف المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون المدني وهى :

١ - اذا لم يقصد بهعله سوى الاضرار بالغير *

السابق ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، د.١ ، توفيق حسن فرج فى المرجع السابق

ص ١٤٨ ، ١٤٩ ، د.١ ، طلبه وهبة فى المرجع السابق ص ٩٣ وما بعده

الاستاذ حسين عامر فى المرجع السابق ص ٢٥٣ وما بعدها .

(١٤) انظر : د.١ ، طلبه وهبة السابق ص ٩٣ .

(١٥) انظر : د.١ ، حسن كيرة فى المرجع السابق ص ٣٢٠ .

د.١ ، منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق ص ٦٣ ، ٦٤ ، حسين

عامر السابق ص ٢٥٤ *

٢ - إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

٣ - إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .

وفي ذلك يقول بعض أصحاب هذا الرأي بصدد معايير التعسف في استعمال الحق : « فكل المعايير التي وضعها الفقهاء أو تشير إليها القواضين ، لم ترد على سبيل الحصر ، بل هي للاسترشاد بها والقياس عليها . ولقد أشار القانون المدني بالفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ إلى معيار تجاوز الضرر عن الحد المألوف في شأن مضار الجوار . وليس ثمت ما يمنع القضاء - أن أمكن - من استنباط معايير أخرى ، بحسبما تستلزمه وقائع ومنازعات ما يطرح عليه من منازعات . وكذلك لسنا نرى أن مضار الجوار في القانون المدني تخرج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، إذ لو كان الأمر كذلك فماذا عساها أن تكون . وإذا كان الضرر الفاحش خروجاً عن حدود الحق ، فإن هذا الخروج هو العسف بعينه أو هو صورة من الصور المحددة التي تقع بها إساءة استعمال الحق » (١٦) بل لقد ذهب البعض (١٧) إلى اعتبار المادة ٨٠٧ مدنى تطبيقاً بالذات للفقرة (ب) من المادة الخامسة التي تقول ان استعمال الحق يكون غير مشروع إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . وواضح أن هذا التصعيد الأخير محل نظر كبير . فمسئولية الجار تحقق حتى ولو كان الضرر الذي عاد على الجار قليلا لا يتناسب مع ما يجنيه المالك من نفع كبير (١٨) .

(١٦) الأستاذ حسين عامر في المرجع السابق ص ٢٥٤ .

(١٧) انظر انظر : د.٠٠١ محمدي عرفة في المرجع السابق ص ٢٤٦ .

(١٨) انظر : د.٠٠١ أحمد سلامة في المرجع السابق ص ١١٣ .

نقد هذا الرأي :

أول ما يؤخذ على هذا الرأي أن صور التعسف التي وردت في المادة الخامسة من القانون المدني المصري ، لا يمكن أن تستجيب لاسئولية المالك عن الغلو في استعمال حق الملكية ، إذ المالك وقد غالى فإنه يستعمل حق الملكية دون أن يعتمد الأضرار بالجار ، كما أنه لا يمكن القول بأن المصالح التي يرمى الى تحقيقها من وراء استعماله لحق الملكية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الجار من ضرر بسببها ، وكذلك لا يمكن أن يقال بأن المصالح التي يرمى الى تحقيقها من وراء هذا الاستعمال غير مشروعة . ولكن الذي يقال في هذه الحالة أن المالك وقد غالى إنما قصد بذلك تحقيق مصلحة جدية ومشروعة ولها أهميتها التي تفوق الضرر .

وبخلاصة ذلك أن للتعسف صوراً ينبغي ألا نتمعدها وهي صور لا تدرج تحتها حالة المسئولية عن المضار غير المألوفة (١٩) .

وبالإضافة الى ما تقدم وحتى على فرض التسليم بما جاء بهذا الرأي السابق ، فإن ذلك يؤدي الى خلط في الأمور ما كان ينبغي (٢٠) ، وكل حالة منهما تختلف من زاوية جسامه الضرر الموجب للجبر بالتعويض . إذ لا جبرية إلا للضرر غير المألوف وهو ضرر فاجئ في نطاق مسئولية المالك على أساس المادة ٨٠٧ مدني بينما يمكن جبر الضرر بتعويضه مهما كان ضئيلاً في إطار فكرة التعسف ومادامت الأمور كذلك ، فكيف السبيل الى جبر الضرر غير المألوف على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق ؟ سؤال يبقى على الرغم من كل ما تقدم بحاجة الى إجابة . أن

(١٩) انظر : ٥٠١ د. السنهوري في الوسيط ج ٨ ص ٧٠٥ .

٥٠١ د. اسماعيل غانم في المرجع السابق ص ١٣١ هامش (١) .

(٢٠) انظر : ٥٠١ د. طلبه زهبة في المرجع السابق ص ١٠٠ .

هذا الاتجاه يؤدي الى توسيع دائرة التعسف في استعمال الحق ويضغى عليها قدرا من الغموض وعدم التحديد تصبح معه غير واضحة ويستحيل الوقوف مقدما على معيار يسعف في التعرف عليها .

الرأى الثانى :

يرى بعض الفقهاء أن هذا الخلاف ليس له أهمية عملية في القانون المدنى المصرى الخالى ، نظرا لوجود هذا النص الصريح على عدم الغلو في استعمال المالك للملكه . مع ملاحظة أن التعسف في استعمال الحق يعتبر وفقا للرأى الراجح صورة من صور الخطأ التقصيرى (٢١) . فالغلو بطبيعته هنا يعتبر خروجا عن حدود هذا الحق ، والخطأ كما هو أساس لمنع التعسف يعتبر أيضا أساسا لمنع الغلو في استعمال الحق . وبناء على ما سبق فلا أهمية لتحديد ما اذا كان الغلو في استعمال الملكية خروجا عن حدود هذا الحق أو تعسفا في استعماله لأن أساس المسؤولية في كلتا الحالتين واحد وهو الخطأ .

الرأى الثالث :

ذهب جمهور الفقه المصرى (٢٢) الى أن مسؤولية المالك عن الغلو

(٢١) انظر : د. جميل الشرقاوى فى المرجع السابق ص ٩٦ ، د. سليمان مرقس فى شرح القانون المدنى ج ٢ فى الالتزامات ص ٣٥٣ ط ١٩٦٤ ، د. محمد لبيب شنب فى المرجع السابق ص ٢٢٦ هامش (١٤) ، د. عبد المنصور العطار فى المرجع السابق ص ٣٦ هامش (١) .

(٢٢) انظر : د. السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٧٠٧ ، د. شفيق شحاته فى المرجع السابق ص ٨٦ ، ٨٧ ، د. أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٤ ، ١١٥ ، د. اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١٣١ ، د. عبد المنعم البلراوى فى المرجع السابق ص ١٠٩ وما بعدها ، د. عبد المنعم فرج الصلحة فى المرجع السابق ص ٩٢ .

في استعمال في ملكه أصبحت واضحة المعالم طبقا لنص المادة ٨٠٧ فلا داعي للاختلاف في ظل القانون المدني الجديد فالمسئولية هنا قائمة على أساس أن الغلو في استعمال حق الملكية هو خطأ باعتبار أن المادة ٨٠٧ مدنى تنشئ التزاما قانونيا على المالك بعدم الاضرار بالجار ضررا غير مألوف أو توردا قيدا على حق الملكية هو ألا يغلو المالك في استعمال هذا الحق •

غير أن الحال لا يخلو من أمرين :

الأمر الأول : اذا قلنا ان نص المادة ٨٠٧ مدنى ينشئ التزاما قانونيا في جانب المالك بعدم اصابة الجار بضرر غير مألوف ، قامت مسئولية المالك في هذا القول على اخلال المالك بهذا الالتزام القانوني فوجب عليه التوفيز • ويكون المالك الذى ألحق بجاره ضررا غير مألوف قد خرق التزامه القانوني ، فخالف القانون المعتاد • وهنا لم ينحرف المالك عن هذا السلوك • فهو مسئول ، لا لأنه ارتكب خطأ، بل لأنه يتحمل تبعه نشاطه فهو الذى يفيد من استعماله ملكه استعمالا استثنائيا ، فمن العدل أن يتحمل تبعه هذا الاستعمال ، والغرم بالتزام (٢٣) •

غير أن هذا القول كما يرى بعض الفقهاء (٢٤) بحق يحتوى على نوع من المصادرة على المطلوب • فهو قد بدأ من اعتبار المالك لم يخطئ • مع أن المطلوب اثباته هو هل أخطأ أو لم يخطئ ؟ وليس بمانع من

٥٠٢. محمد جمال الدين زكي في المرجع السابق ص ٧١ ، ٥٠١. توفيق حسن فرج في المرجع السابق ص ١٤٩ ، ٥٠١. طلبية وهبة السابق ص ١٠٠ ، ٥٠٩. شنب في المرجع السابق ص ٢٣٦ •
(٢٣) انظر : ٥٠١. السنهورى في الوسيط ج ٨ ص ٧٠٧ •
(٢٤) انظر ٥٠١. أحمد سلامة السابق ص ١١٥ •

الخطأ أن يكون المالك لم يشذ عن مسلك الرجل المعتاد • فمعيار الرجل المعتاد انما يرجع اليه عند عدم وجود نص يحرم مسلكا معينا • أما عند وجود هذا النص فان هذا المسلك يعتبر خطأ حتى ولو كان لا ينطوي على أى شذوذ بالنسبة لمسلك الرجل المعتاد ، اذ تكون بضد التزام قانوني يعتبر مجرد الاخلال به خطأ • ويكون هذا الالتزام ببلوغ غاية لا ببذل عناية ، بمعنى أن المالك يحاسب على الضرر غير المألوف بمجرد وقوعه ، ولا يعصمه من المسؤولية اثبات أنه بذل العناية الواجبة لتفوق هذا الضرر فلم يفلح • ليس بمانع من هذا الخطأ أيضا أن المالك لا يحاسب على الأضرار المألوفة • فالنص الصريح قد أعفاه من المسؤولية عنها • واذا كان الأمر كذلك فأننا نفضل مع البعض الصياغة الثانية والتي سنذكرها حالا في الأمر الثاني •

الأمر الثاني :

نفضل مع البعض (٣٥) أن المادة ٨٠٧ مدني تتضمن قييدا على استعمال حق الملكية مؤداه امتناع المالك عن الغلو في هذا الاستعمال بصورة تلحق بالجوار ضررا غير مألوف • فهي مسئولية يملئها التضامن الاجتماعي بين الجيران وتتأسس على أن الغلو خروج على حدود اللحق مما يعد خطأ تقصيريا يوجب المسؤولية •

(٢٥) انظر : ٥٠٩ • احمد سلامة في المرجع السابق ص ١١٥ ، ١١٧ .
 ٥٠٩ • اسماعيل غانم السابق ص ١٣١ ، ٥٠٩ • عبد المنعم البدر اوى السابق ص ١٠٩ ، ٥٠٩ • شفيق شحاته السابق ص ٨٦ ، ٨٧ • اد • عبد المنعم • فرج الصدة السابق ص ٩٠ ، ٥٠٩ • محمود جمال الدين زكي السابق ص ٧١ ، ٥٠٩ • توفيق فرج السابق ص ١٤٩ ، ٥٠٩ • طلبه وهبة السابق ص ١٠٠ •

المبحث الثالث : الجزاء المترتب على الغلو

المطلب الأول : الجزاء المترتب على الغلو في الفقه الاسلامي :

ازالة الضرر الفاحش : (التنفيذ العيني) :

لا شك في أنه ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة ، والا غلت أيدي الملاك عن استعمال حقوقهم كما سبق القول .
وانما للجار أن يرجع فقط في حالة المضار غير المألوفة أى الفاحشة متى توافرت الشروط المسالفة ذكرها ويكون للجار في هذه الحالة أن يطلب ازالة هذه المضار .

وقد نصت المادة ٦٠ من مرشد الحيران على أنه : « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما أو حادثا » ولا تعنى ازالة المضار ، ازالة الاشآت . فقد تقضى المحكمة بازالة المضار التي تترتب للجيران عن طريق أمر المالك المسئول باجراء تعديل يؤدي الى ازالة الضرر ، مثل : تعلية المدخنة أو توجيه فوهتها وجهة أخرى ، أو نقل بعض الآلات من مكانها ، أو وضع عوازل للصوت ، أو أى اجراء من شأنه منع الضرر فتمثل هذه الحلول تقبلها الشريعة الاسلامية (١) .

وقد لا يكون هناك من سبيل سوى ازالة مصدر الضرر بصورة نهائية مثل غلق المصنع مثلا . أى أنه لا يمكن تلافى الضرر سوى بازالة مصدره ففي هذه الحالة يجبر المالك على الازالة .

(١) انظر : قرب هذا المعنى أ.د. محمد الحسيني حنفي في المدخل

لدراسة الفقه الاسلامي ص ١٨٩ ط رابعة سنة ١٩٨١ دار النهضة العربية

٥٠٢ . توفيق حسن فرج السابق ص ١٦٠ ، ٥٠٩ . نصر فريد واصل في

المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الاسلامية والفقه والتشريع ص ٢٠٤

ط أولى سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠ م .

ففي حالة استحداث بناء يسد الضوء عن الجار ، يكون لهذا الأخير أن يكلف من استحداث البناء برفعه دفعا للضرر. وقد نصت المادة ٦١ من مرشد الجيران على أن : « سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا فلا يسوغ لأحد إحداث بناء يسد به شبك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه وإن فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه » .

وإذا أحدث رجل في داره نافذة، أو أتمم بناء مجددا وجعل له فيه شبكا مطلا على مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق ، فإنه يؤمر برفع الضرر ، كما أن يؤمر بسدها لأن الضرر في ذلك ظاهر .

وإذا بنى رجل طاحونة خيل ببيته وكان يقرص المسكة فوق الحيطان مقابل ريح الجار الذي حصل له ضرر من ريح الروث ووخم البهائم وقلق من إدارة الطاحونة ، فإنه يؤمر شرعا برفع الطاحونة ومنع الضرر (٣) .

وإذا غرس رجل أشجارا في أرضه . فشغلت ببعض أصولها أو فروعها هواء أرض جاره وأضررت به ضرا بينا ، فإن الفارس يكلف تقريغ هواء أرض غيره من فروع ما غرس أما بشد الفروع بحبل أن أمكن والا فبالقطع (٣) .

ولا يصح أن يدفع يقدم الضرر ، إذ لا فرق بين القديم والحادث حيث كانت الملة الضرر المبين وهو يزال ولو قديما كما بينا .

كما نصت مجلة الأحكام العدلية على أمثلة أخرى للضرر غير المألوف الذي يجب إزالته .

(٢) الفتاوى المهدية ج ٥ ص ٤٦٥ ط سنة ١٣٠١ هـ .

(٣) المرجع السابق ص ٤٦٧ .

فالمادة ١٢٠٠ تنص على ما يأتي : « يدفع الضرر بأى وجه كان ، مثلا لو اتخذت فى اتصال دار وكان حداد أو طاحون ، وكان من طرق الحديد ودوران الطاحونة يحصل وهن للبناء ، أو أحدث فى جانبها فرن أو معصرة ، فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكى ، فهذا كله ضرر فاحش يدفع ويزال بأى وجه كان » .

وغير ذلك كثير من النصوص الفقهية والمواد المذكورة التى تدل على وجوب ازالة الضرر وهو (التنفيذ العينى) بلغة القانون .

المطلب الثانى

الجزاء المترتب على الغلو فى القانون المدنى

انتهينا فيما سبق بخصوص التأصيل الفنى لمسئولية المالك عن الغلو • أن ثمة مبدأ ضمنه المشرع الوضعى المادة ٨٠٧ مدنى مصرى : يتمتع على المالك بمقتضاه الغلو فى استعمال حق الملكية مما يحدث للجار ضرا غير مألوف والا كان متجاوزا هذا الحق مما يعد خطأ تقصيريا ، والمالك اذ يلتزم على هذا الوجه فانه التزام بامتناع عن القيام بعمل • وقد تصدى المشرع الوضعى صراحة للاخلال بهذا الالتزام بجزاء قرره فى الفقرة الثانية من النص المذكور وقد أجاز للجار أن يطلب ازالة المضار غير المألوفة • وغنى عن البيان أن هذه ازالة تعد تنفيذا عينيا للالتزام بالامتناع الذى جاء الضرر غير المألوف للجار اخلالا به •

ويصدر القاضى حكمه بالازالة اما بالقضاء على مصدر الضرر نهائيا كما لو قرر غلق مصنع أو هدم مدخنة واما بتعديل هذا المصدر على نحو يمنع عن الجار مستقبلا الضرر غير المألوف ، كما لو قرر تعديل قوامة المدخنة • وقد يحكم القاضى اضافة الى ما تقدم بالتعويض

النقدى وذلك حال عدم كفاية الازالة باعتبارها تعويضاً عينياً • فهو وإن كانت كافية باعتبارها كذلك فلا تكون الا بالنسبة للمستقبل غالباً وتبقى قاصرة وحدها عن جبر ما وقع في الماضي • اذ من المتعين أن يكون التعويض جابراً كل الضرر •

ويلاحظ أن الحكم بالازالة تقديري للقاضي ومن ثم ليس حتمياً ، خاصة اذا كان من شأنه أن يلحق بالجار الضرر الجسيم وقد يفضل حينئذ الحكم بالتعويض النقدي بدل الازالة(٤) •

ويجوز الجمع بين ازالة الضرر عينياً والتعويض النقدي ، كما يجوز الحكم بأحدهما أو تخيير المالك المسئول بين تنفيذ أحدهما فهذه مسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضي الموضوع(٥) • ولا يحول دون الحكم بالازالة أو التعويض النقدي سبق حصول المالك المسئول على ترخيص اداري بنشاطه الذي نتج عنه الضرر غير المألوف لجيرانه ،

(٤) انظر : د.أ. السنهوري في المرجع السابق ص ٧٠٨ ، ٧٠٩
 د.أ. أحمد سلامة السابق ص ١٢٣ ، د.أ. اسماعيل غانم السابق ص ١٣٦ ، د.أ. محمود جمال الدين زكي السابق ص ٧١ ، استاذنا الدكتور عبد الخالق حسن السابق ص ٣٥ ، د.أ. شنب السابق ص ٢٤٠ ، ٢٤١
 استاذنا الدكتور عبد الناصر العطار السابق ص ٤١ ، د.أ. توفيق فرج السابق ص ١٥٩ - ١٦١ ، د.أ. طلبة وهبة السابق ص ١٠٠ - ١٠٤
 (٥) انظر : د.أ. السنهوري في الوسيط ج ٨ ص ٧١٠ ، د.أ. شفيق شحاتة السابق ص ٨٨ هامش (٢) ، د.أ. حسن كيرة السابق ص ٣٣١ ، ٣٣٢ ، د.أ. اسماعيل غانم السابق ص ١٣٦ ، د.أ. عبد المنعم فرج المصدر السابق ص ٩٦ ، د.أ. أحمد سلامة السابق ص ١١٧ ، د.أ. شنب السابق ص ٢٤١ ، استاذنا الدكتور عبد الخالق حسن ص ٣٦ ، د.أ. عبد الناصر العطار ص ٤١ •

فالترخيص الإداري لا يحول تدين المسؤولية عن الأضرار غير المألوفة ولا يحول كذلك دون ما يترتب على هذه المسؤولية من إزالة أو تعويض نقدي طبقا للرأى الراجح .

خاتمة : بعد هذا العرض للجانب الشرعى والقانونى لمسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة نجد أن أحكام القانون مستمدة من أحكام الشريعة الغراء وفقا للرأى الراجح وهو تقبيد المالك فى استعماله للكله بعدم الأضرار بالغير سواء كان جارا ملاصقا أو بعيدا قريبا أو غريبا مسلما أو كافرا وسواء كان الضرر قديما أو حديثا .

تم بحمد الله وتوفيقه ،،

دكتور أبو الحسن إبراهيم على

مدرس القانون المحنى بكلية الشريعة والقانون

بأسسوط

القُرْبَات

أهداؤها الى الموتي والإيتجار عليها

دراسة فقهية مقارنة

د / حسين عبد المجيد حسين

المبحث الثالث (*)

هل يعذب الميت ببكاء أهله عليه

بعد أن تحدثنا عن وصول ثواب القربات الى الميت أتحدث هنا عن هل يعذب الميت ببكاء أهله عليه ؟ فأقول وبالله تعالى التوفيق .

اتفق الأئمة الأربعة على أنه يجوز البكاء على الميت قبل الدفن وبعده بشرط ألا يصحب البكاء نوحا (١) أو جزعا أو قولاً يغضب الله عز وجل (٢) وذلك لما يأتي :

(*) بقية البحث المنشور في مجلة كلية البنات الإسلامية بأسبوط عام

١٩٩٠ العدد التاسع .

- (١) النباحة : هي رفع الصوت بالندب والندب تعديده النباحة بصوتها وذكرها لمحاسن الميت انظر الاذكار للامام النووي ١٣٤ .
- (٢) حاشية ابن عابدين ٦٠٤/١ طبعة احياء التراث العربي بيروت الشرح الكبير للامام الدردير ٤٢١/١ طبعة الحلبي ، ونهاية المحتاج شرح المنهاج ١٥/٣ ، ١٦ طبعة دار الفكر بيروت ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٥٥/١ طبعة الحلبي . والمغنى لابن قدامة ٥٤٥/٢ طبعة مكتبة ابن تيمية

١ - ما رواه الترمذى بسنده الى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - قال يا ابراهيم انا لا تغنى عنك من الله شيئاً ثم ذرفت عيناه فقال له عبد الرحمن بن عوف يا رسول الله أبكى ؟ أو لم تنه عن البكاء ؟ قال - لا ولكن نهيت عن الفوح (٣) .

٢ - ما رواه الحاكم بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه قال لما مات ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم صاح أسامة بن زيد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس هذا منى وليس بصائح حق - القلب يحزن والعين تدمع ولا يغضب الرب (٤) .

٤ - ما رواه البخارى ومسلم : أن النبى صلى الله عليه وسلم لما فاضت عيناه لما رفع اليه ابن بنته ونفسه تقمقع كأنها فى شنة (٥) قال له سعد ما هذا يا رسول الله ؟ قال هذه رحمة جعلها الله فى قلوب عباده - وانما يرحم الله من عباده الرحماء » .

٥ - وما رواه ابن ماجه بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى جنازة فرأى عمر امرأة فصاح بها فقال النبى صلى الله عليه وسلم دعها يا عمر فان العين دامة والنفس مصابة والمهد قريب » .

فلو لم يكن البكاء جائزاً لما أمر النبى صلى الله عليه وسلم عمر بتركها (٦) .

٦ - وما رواه النسائى بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه قال زار رسول الله صلى الله عليه وسلم قبر أمه فبكى وأبكى من حوله .

(٣) سنن الترمذى ٣/٣١٨ وقال هو حديث حسن .

(٤) الحاكم فى المستدرک ١/٣٨٢ .

(٥) أى لها صوت وحشرجة كصوت ما القى فى قرية بالية صحيح

البخارى ٣/١٣٧ .

(٦) سنن ابن ماجه ١/٥٠٦ طبعة المكتبة العلمية بيروت .

وقال استأذنت ربى عز وجل فى أن استغفر لها فلم يؤذن لى واستأذنت فى أن أزور قبرها فأذن لى فزوروا القبور فإنها تذكركم الموت «(٧)» .
وهذا الحديث ظاهر الدلالة على المدعى •

كما أنهم اتفقوا على أن الميت يعذب بنوح أهله عليه أو بفعلهم ما نهى الله تبارك وتعالى عنه ورسوله صلى الله عليه وسلم إذا كان قد أوصى بذلك أو كان البكاء سنة له واختيارا (٨) وذلك لأنه بايصاله يبرهن على أنه راض بما يصنعون ويحبوه وذلك يستوجب العقاب وأيضا إذا كان هذا البكاء سنة له فى حياته وكان يختاره وذلك لما رواه أنس ابن مالك رضى الله عنه — انه قال — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان العبد الميت إذا وضع فى قبره واقعد قال يقول أهله واسيداه واشريفاه وأميراه قال يقول الملك اسمع ما يقولون أنت كنت سيدا أنت كنت أميرا أنت كنت شريفا — قال — يقول الميت يا ليتهم يسكتون قال فيضط ضغطة تختلف فيه أضلاعه (٩) •

ويحمل هذا الحديث على أن الميت كان يختار ذلك ويرغب فيه —
توفيقا بين الأحلة الواردة فى هذا الشأن •

وأما إذا لم يوص بشئ مصرم ولم يرغب فى شئ من ذلك ثم ناح عليه أهله أو شقوا جيوبهم أو لطموا خدودهم أو دعوا بدعاء الجاهلية فإنه لا يعذب بذلك كله لقول الله تبارك وتعالى

(٧) سنن النسائي ٩٠/٤ طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، صحيح

مسلم ٦٥/٣ •

(٨) الخلاصة الفقهية على مناهج السادة المالكية ص ١١٢ طبعة دار القلم بيروت ونهاية المحتاج شرح المنهاج ١٦/٣ ، حاشية ابن عابدين ٦٠٤/١ ، والمغنى لابن قدامة ٥٤٥/٢ •

(٩) التذكرة للامام القرطبي ١١٢ طبعة دار الكتب العلمية •

« ولا تتر وازرة وزر أخرى ، وأن ليس للإنسان الا ما سعى
وأن سعيه سوف يرى » (١٠) •

فقد بينت هذه الآيات أن الله تبارك وتعالى لا يؤاخذ الانسان
بجريمة غيره والنوح ولطم الخدود وما الى ذلك بغير ايضاء أو رضا
منه ، ولا بأمره فلا يؤاخذ عليه هذا ما يقتضيه عدل الله تبارك
وتعالى •

أما ما رواه الترمذى بسنده الى ابن عمر رضى الله عنهما أنه
قال — قال النبی صلى الله عليه وسلم ان الميت يعذب ببكاء أهله
عليه (١١) •

ففيه وهم في الفهم كما قالت السيدة عائشة رضى الله عنها حيث
قالت أما أن ابن عمر رضى الله عنهما لم يكذب ولكنه أخطأ أو نسي
انما مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على يهودية وهى يبكى عليها
أهلها فقال صلى الله عليه وسلم انهم يبكون عليها وانها لتعذب في قبرها
فظن ابن عمر رضى الله عنهما أن كل ميت سواء كان مسلماً أو يهودياً
يعذب ببكاء أهله عليه •

يضاف الى ذلك أن الامام الشافعى رضى الله عنه قال ان ما روته
السيدة عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أشبه
أن يكون محفوظاً عنه صلى الله عليه وسلم بدلالة الكتاب والسنة —
فدلالة الكتاب قول الله تبارك وتعالى

« ان الساعة آتية أكاد أخفيها لتجزى كل نفس بما تسعى » (١٢) •

(١٠) سورة النجم الآيات ٢٨ : ٤٠ •

(١١) سنن الترمذى ٣/٣١٨ •

(١٢) سورة طه آية رقم ١٥ •

وقوله تبارك وتعالى —

« فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره » (١٣) •

ودلالة المسنة قول النبي صلى الله عليه وسلم لرجل ابنك هذا ؟ قال نعم قال أما أنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه « فأعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما أعلم الله من أن جناية كل امرئ عليه كما أن عمله له لا لغيره ولا عليه •

وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال لما مات عمر بن الخطاب رضى الله عنه قلت لعائشة رضى الله عنها أن عمر رضى الله عنه كان يقول ان الميت ليعذب ببكاء أهله عليه — فقالت يرحم الله عمر لا والله ما حدث رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك ولمسكه قال ان الله يزيد الكافر عذاباً ببكاء أهله عليه (١٤) •

وبعد فانه يجب على كل مؤمن ان يوصى أهله بعدم البكاء عليه ويتبرأ من ذلك قبل موته حتى ينجو من أعمالهم ومخالفاتهم بعد موته •

المبحث الرابع

حكم زيارة القبور

اتفق الأئمة الأربعة على أن زيارة الرجال للقبور أمر جائز (١)

(١٣) سورة الزلزلة ٧، ٨ •

(١٤) اختلاف الحديث للامام الشافعى ص ١٦٢ طبعة دار الكتب

العلمية بيروت •

(١) وذهب الحنفية الى أن الزيارة للرجال مندوبة وذهب غيرهم من الفقهاء الى أنها مباحة حاشية ابن عابدين ١/٨٤٣ ، الشرح الكبير للامام الدردير ١/٤٢٢ ، معنى المحتاج شرح المنهاج ١/٣٦٤ ، المفنى لابن قدامة ٢/٥٦٤ •

وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « انى كنت نهيتكم عن زيارة القبور — فزوروها فانها تذكركم الموت » (٢) وفي لفظ آخر للنسائي — « فانها تذكر الآخرة ولا تقولوا هجرا » (٣) .

وقد كان المصطفى صلى الله عليه وسلم يأتى قبور الشهداء بأحد على رأس كل حول فيقول « السلام عليكم بما صبرتم فنعم عقبى الدار » وكان يقول صلى الله عليه وسلم — « ما من أحد يمر بقبر أخيه المؤمن كان يعرفه في الدنيا فسلم عليه الا عرفه ورد عليه السلام » .

كما أنهم اتفقوا على أن زيارة النساء للقبور ان كانت لتجديد الحزن والبكاء والندب ولطم الخدود وشق الجيوب وما الى ذلك من الأمور المنهى عنها شرعا فان هذه الزيارة غير مشروعة (٤) وذلك لمنافاة هذه الأفعال للمقصود من زيارة المقابر وهو الاعتبار والاتعاظ وتذكر الآخرة يضاف الى ذلك أن هذه الأفعال منهى عنها شرعا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس منا من لطم الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية » (٥) .

ثم اختلفوا بعد ذلك في حكم زيارة النساء للقبور اذا خلت عن الأمور المنهى عنها شرعا على مذهبين :

ذهب جمهور الفقهاء الى أن زيارة النساء للقبور في هذه الحالة مكروهة وذلك لما يأتى :

(٢) صحيح مسلم ٨٢/٦ ، سنن أبى داود ٧٢/٢ .

(٣) والهجر (بضم الهاء وسكون الجيم) : هو الكلام القبيح الذى

ينافى الاسلام — سنن النسائي ٨٩/٤ .

(٤) مراقى الفلاح على نور الايضاح ١٠٣ طبعة الحلبي ، والشرح

الكبير للامام الدردير ٤٢٢/١ ونهاية المحتاج ٣٦/٣ ، المغنى لابن قدامة

٥٦٤/٢ .

(٥) صحيح البخارى ١٢٧/٣ .

١ — ان النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن زيارة القبور فقال كنت نهيتكم عن زيارة القبور ثم قال بعد ذلك « فزوروها » والضمير هنا عائذ الى الرجال دون النساء على الرأى المختار فتكون الزيارة مستحبة للرجال مكروهة للنساء .

٢ — ما رواه ابن ماجه بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه وابن عباس رضى الله عنهما انهما قالوا « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوارات القبور » (٦) .

وهذا يدل على أن زيارة النساء للقبور منهي عنها لأن اللعن يقتضى ذلك .

وذهب الحنفية فى الأصح الى أن زيارة النساء للمقابر مندوبة ووافقهم المالكية فى جواز زيارة النساء للمقابر (٧) اذا كن لا ارب للرجال فيهن — وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم — «كنت نهيتكم عن زيارة القبور — فزوروها » وقوله صلى الله عليه وسلم زوروا القبور فانها تذكركم الاخرة « (٨) .

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

هو أن نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن زيارة القبور كان فى بادئ الأمر وكان ذلك شاملا للرجال والنساء معا فيكون قوله صلى الله عليه وسلم فزوروها عائدا الى الجنسين جميعا ضرورة لأن هذا هو الظاهر ولو أراد صلى الله عليه وسلم غير ذلك لبينه اذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة اليه ويؤيد ذلك ما رواه البيهقى بسنده

(٦) سنن ابن ماجه ١/٥٠٠ .

(٧) حاشية ابن عابدين ١/٨٤٣ ، مراقى الفلاح ١٠٣ ، حاشية

الدسوقي على الشرح الكبير ١/٤٢٢ .

(٨) سنن ابن ماجه ١/٥٠٠ .

الى عبد الله بن أبى مليكة انه قال ان عائشة رضى الله عنها أقبلت ذات يوم من المقابر فقلت لها يا أم المؤمنين من أين أقبلت ؟ قالت من قبر عبد الرحمن بن أبى بكر فقلت لها أليس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن زيارة القبور ؟ قالت نعم ثم أمر بزيارتها (٥) وفي رواية عنها أخرى «ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في زيارة القبور» (١٠) •

وما رواه البخارى بسنده الى أنس بن مالك رضى الله عنه انه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بامرأة عند قبر وهى تبكى فقال لها اتقى الله واصبرى فقالت اليك عنى فانك لم تصب بمصيبتى فقال ولم تعرفه — فقيل لها هو رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذها مثل الموت فانتت باب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم تجد عنده جوابين فقالت يا رسول الله انى لم أعرفك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الصبر عند أول الصدمة «(١١)» •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو ان النبى صلى الله عليه وسلم لم ينكر على المرأة قعودها عند القبر وتقريره حجة فدل ذلك على مشروعية زيارة النساء للقبور • وبعد فانى أرى أن رأى المختار هنا هو ما ذهب اليه الحنفية من أن زيارة القبور مستحبة للرجال والنساء على السواء مادامت خالية من عدم الجلوس على المقابر والأكل والشرب والضحك واللعب والهزل لما ذكروه من أدلة يضاف الى ذلك أن زيارة القبور انما شرعت من أجل ترقيق القلوب وتذكر الآخرة والاعتبار بحال الموتى وتلك علة يشترك فيها الرجال والنساء على السواء •

والله أعلم

(٩) سنن البيهقى ٧٨/٤ •

(١٠) سنن ابن ماجه ٥٠٠/١ •

(١١) صحيح البخارى ١١٥/٣ •

المبحث الخامس

سماع الموتى لكلام الأحياء — وعذابهم

ونعيمهم في قبورهم

قبل الحديث عن هذا المبحث أقول : قد يقول قائل ان سماع الموتى في قبورهم وعذابهم ونعيمهم حكم عقائدى وليس عمليا فكيف يبحث عنه في علم الفقه ؟

والجواب عن هذا : أن محل البحث هنا هو ما يتصل بذلك من عمل المكلفين وهو أنه اذا كان الأموات يسمعون جاز توجيه الخطاب اليهم — وتلقينهم الشهادتين في قبورهم •

واذا كانوا يعذبون نحب الدعاء لهم بتخفيف العذاب وحاول النعيم •

وبعد هذا أقول وبالله تعالى التوفيق •

اختلف العلماء في سماع الموتى لكلام الأحياء على مذهبين في الجملة :

فذهب أكثر أهل العلم ومنهم ابن عبد البر وابن جرير الطبري وابن قتيبة وابن القيم وابن رجب الحنبلي الى أن الأموات يسمعون كلام الأحياء •

وذهب بعض العلماء ومنهم القاضي أبو يعلى من الحنابلة، وعائشة رضى الله عنها الى أن الأموات لا يسمعون كلام الأحياء (١) •

(١) الروح لابن القيم ٦٠ طبعة مكتبة المدني كشاف القناع ١٩٩٠/٢
مراقى الفلاح ١٠٣ ، التذكرة للامام القرطبي ٢٦٤ ، طبعة المكتبة التوفيقية
الجامع لأحكام القرآن الكريم القرطبي ٥١٢٨/٨ طبعة الشعب ، تفسير
الفخر الرازي ١٨/٢٦ طبعة دار الفكر •

الأدلة

استدل القائلون بأن الأموات يسمعون كلام الأحياء بالسنة والأثر .
— أما السنة فمنها :

١ — ما رواه البخارى ومسلم بسنديهما الى أبى طلحة رضى الله عنه : أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر يوم بدر بأربعة وعشرين رجلا من صناديد قريش فألقوا في طوى من أطواء بدر فناداهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسماهم بأسمائهم — يا أبا جهل ، ابن هشام ، يا أمية بن خلف ، يا عتبة بن ربيعة ، يا شيبة بن ربيعة ، يا فلان بن فلان أليس قد وجدتم ما وعدكم ربكم حقا ، فأننى وجدت ما وعدنى ربي حقا ، فقال عمر : يا رسول الله ما تكلم من أجساد لا أروح لها ، فقال عليه الصلاة والسلام : « والذى نفسى بيده ما أنتم بأسمع لما أقول منهم ، ولكنهم لا يجيبون » (٢) . ويسمى هذا الحديث بحديث القلب .

٢ — ما رواه ابن حبان في صحيحه واللفظ له — والطبرانى في الأوسط عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم : إن الميت إذا وضع في قبره أنه ليسمع قرع نعالهم حين يولون فإن كان مؤمنا كانت الصلاة عند رأسه وكان الصيام عن يمينه وكانت الزكاة عن يساره وكان فعل الخيرات من الصدقة والصلة والمعروف والاحسان الى الناس عند رجله ، فيؤتى من قبل رأسه فتقول الصلاة : ما قبلى مدخل ، ثم يؤتى عن يمينه فيقول الصيام : ما قبلى مدخل ، ثم يساره فتقول الزكاة : ما قبلى مدخل ، ثم يؤتى من قبل رجله فيقول فعل الخيرات من الصدقة والصلة

(٢) فتح البارى شرح صحيح البخارى ٢٩٨/٨ ، ٢٩٩ ط دار

المعرفة — بيروت — صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٦/١٧ ، ٢٠٧ ط دار الفكر — بيروت .

والمعروف والاحسان الى الناس : ما قبلى مدخل ، فيقال له : اجلس ، فيجلس وقد مثلت له الشمس قد دنت للغروب فيقال له : هذا الرجل ، ماذا تقول فيه ؟ فيقول : " دعونى أصلى ، فيقولون له : انك ستفعل ، أخبرنا عما نسألك عنه ، قال عم تسألونى ؟ قالوا : ما نقول فى هذا الرجل الذى بعث فيكم وبم تشهد عليه ؟ فيقول أشهد أنه رسول الله وأنه جاء بالحق من عند الله فيقال له على ذلك حييت وعلى ذلك مت وعلى ذلك تبعث ان شاء الله تعالى ثم يفتح له باب من أبواب الجنة فيقال له : " انظر الى مقعدك من الجنة وما أعد الله عز وجل لك فيها فيزداد غبطة وسرورا ثم يفسح له فى قبره سبعون ذراعا وينور له ويعاد الجسد كما بدىء ويجعل نسمة من النسيم الطيب وهى طائر تعلق فى شجر الجنة ، فذلك قوله تعالى :

« يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت فى الحياة الدنيا وفى الآخرة » (٣) ٥٥٥ الآية •

وان الكافر اذا أتى من قبل رأسه لم يوجد شيء ثم أتى عن يمينه فلا يوجد شيء ثم أتى عن شماله فلا يوجد شيء ثم أتى من قبل رجله فلا يوجد شيء ، فيقال له : اجلس ، فيجلس مرعوبا خائفا فيقال : أرايتك هذا الرجل الذى كان فيكم ماذا تقول فيه ؟ وماذا تشهد عليه ؟ فيقول : أى رجل ؟ ولا يهتدى لاسمه ، فيقال له : محمد ، فيقول : لا أدرى سمعت الناس قالوا قولاً فقلت كما قال الناس ، فيقال له على ذلك حييت وعليه مت وعليه تبعث ان شاء الله ، ثم يفتح له باب من أبواب النار فيقال له : هذا مقعدك من النار وما أعد الله لك فيها فيزداد حسرة وثبورا ، ثم يفتح له باب من أبواب الجنة فيقال له : هذا مقعدك منها وما أعد الله لك فيها لو أطعته ، فيزداد

حسرة وثبورا ثم يضيّق عليه قبره حتى تختلف فيه أضلاعه ، وتلك المعيشة الضنكة التي قال الله (*)

« فان له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى » (٤) •

٣ — ما رواه البخارى ومسلم بسنديهما الى أنس بن مالك رضى الله عنه أن النّبى صلى الله عليه وسلم قال : العبد اذا وضع فى قبره ، وتولى وذهب عنه أصحابه حتى انه يسمع قرع نعالهم أتاه ملكان فاقعداه فيقولان له : ما كنت تقول فى هذا الرجل محمد ؟ فأما المؤمن فيقول : أشهد أنه عبد الله ورسوله ، فيقال له : انظر الى مقعدك من النار . أبداً لك الله به مقعدا من الجنة ، قال النّبى صلى الله عليه وسلم : فرأهما جميعا ، وأما الكافر والمنافق فيقول : لا أدرى كنت أقول ما يقول الناس ، فيقال له : لأدريت ولا وعيت ثم يضرب بمطرقة من حديد ضربة بين أذنيه فيصيح صيحة يسمعها من يليه الا الثقلين » (٥).

٤ — ما رواه الطبرانى بسنده الى أبى أمامة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات أحد من اخوانكم فسويتم عليه التراب — فليقم أحدكم على رأس القبر ثم ليقل — يا فلان ابن فلانة (٦) يسمعة ولا يجيب ثم يقول يا فلان ابن فلانة فانه يستقوى قاعدا — ثم يقول يا فلان ابن فلانة فانه يقول أرشدنا رحمك الله — ولكن لا تشعرون فليقل.

(*) سورة طه آية ٥٥ •

(٤) الترغيب والترهيب للحافظ المنرى ١٦٨/٦ ، ١٦٩ ، ١٧٠

الطبعة الأولى — مطبعة السعادة •

(٥) فتح البارى شرح صحيح البخارى ٢٠٥/٣ ، ٢٠٦ ، الطبعة السابقة — صحيح مسلم بشرح النووى ٢٠٣/١٧ ، ٢٠٤ — الطبعة السابقة (٦) ان النسبة الى الأمهات وان الانسان ينادى بامه — يا فلان ابن فلانة ليست بصحيحة لا فى الدنيا ولا فى الآخرة والحديث المذكور هنا ضعيف ولا يقوى على معارضة حديث « ينصب لكل غادر لواء يقال هذه

غدره فلان بن فلان » •

أذكر ما خرجت عليه من الدنيا شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله وأنت رضىت بالله ربا وبالإسلام ديناً وبمحمد نبياً وبالقرآن إماماً فان منكراً ونكيراً يأخذ كل واحد منهما بيد صاحبه ويقول انطلق بنا ما يقعدنا عند ما لقن حجة فيكون الله حجيجهما دونه — قال رجل يارسول الله فان لم يعرف أمه — قال — ينسبه الى حواء يا فلان أبين حواء « (٧) » •

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

أن هذه الأحاديث بينت في وضوح وجلاء أن الأموات يسمعون كلام الأحياء وانهم يتكلمون في قبورهم فدل ذلك على المدعى • وأما الآخر :

فقد روى أنه لما حضرت عمرو بن العاص الوفاة قال — إن حوله اجلسوا عند قبري قدر ما ينحر جزور ويقسم فأنى أستأنس بكم « (٨) » • واستدل القائلون بأن الأموات لا يسمعون كلام الأحياء بقول الله . تبارك وتعالى :

« وما أنت بمسمع من في القبور » (٩) وقوله تعالى :

« فانك لا تسمع الموتى ولا تسمع الصم الدعاء اذا ولوا مدبرين » (١٠) •

(٧) نيل الأوطار للشوكاني ١/٤ : ١٠٢ طبعة الحلبي •

(٨) المغنى لابن قدامة ٢/٥٠٥ •

(٩) سورة فاطر الآية رقم ٢٢ •

(١٠) سورة الروم الآية رقم ٥٢ •

وجه الدلالة من هاتين الآيتين :

أن الله سبحانه وتعالى قال لحبيبه محمد صلى الله عليه وسلم
وما أنت بمسمع من في القبور ونفى في الآية الثانية سماع الأموات
لكلام الأحياء فدل ذلك على أن الأموات لا يسمعون :
ويناقش هذا من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أنه لبس هناك تعارض بين ما جاء في هذه الآيات
وما ورد في أدلة الفريق الأول لأنه من الجائز أن يكون الأموات يسمعون
في وقت ما أوفى حال ما فإن تخصيص العموم ممكن وصحيح إذا وجد
المخصص والمخصص موجود وهو ما سبق ذكره من أحاديث الفريق
الأول .

الوجه الثاني : أن الآيات إذا جاءت في سياق خطاب المكفار الذين
لا يستجيبون للهدى والايمان اذا دعوا اليه كما قال الله تبارك وتعالى:
« ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والانس لهم قلوب لا يفقهون
بها ولهم أعين لا يبصرون بها ولهم آذان لا يسمعون بها .. الآية » (١١) .

نفى هذه الآية الكريمة نفى الابصار والسماع عنهم لأن الشيء قد
ينفنى لانتفاء فاعثته وثمرته فإذا لم ينتفع المرء بما سمعه وأبصره
فكأنه لم يسمع ولم يبصر وسماع الموتى هو بمثابة هذا — وكذلك سماع
الكفار إن دعاهم الى الايمان والهدى (١٢) .

أو أن المراد أنك لا تهدي بنفسك الكفار لأنهم كالموتى وانت
لا تسمع بنفسك الموتى وانما المسمع ايهم هو الله تبارك وتعالى كما

(١١) سورة الأعراف آية رقم ١٧٩ .

(١٢) الجامع لأحكام القرآن الكريم القرطبي ١٢٨/٨ طبعة الشعب

تفسير الفخر الرازي ١٨/٢٦ طبعة دار الفكر .

في قوله تعالى لحبيبه صلى الله عليه وسلم :

« انك لا تهدي من أحببت ولكن الله يهدي من يشاء » (١٣) •

الوجه الثالث : انه قد روى عن السيدة عائشة رضى الله عنها انها قالت ما ينافي رأيها السابق فقد روى عنها قالت ما من رجل يزور اخاه ويجلس عنده الا استأنس به ورد عليه حتى يقوم (١٤) •

وبعد : فان الرأي المختار هنا — هو القول بأن الموتى يسمعون كلام الأحياء ويتكلمون في قبورهم جمعا بين الأدلة الواردة ، في هذا الشأن • ولكن هل يعذب الموتى في قبورهم ويتنعمون » •
نعم لقد — اثبتت الأدلة الشرعية ذلك منها •

١ — قول الله تبارك وتعالى :

« النار يعرضون عليها غدوا وعشيا ويوم تقوم الساعة ادخلوا آل فرعون أشد العذاب » (١٥) •

فهذه الآية تدل على أن الكفار يعرضون على النار في قبورهم غدوا وعشيا فدل ذلك على عذاب القبر •

٢ — وما رواه النسائي بسنده الى ابن عمر رضى الله عنهما قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ألا ان أحدكم اذا مات عرض عليه مقعده بالخداة والعشى ان كان من أهل الجنة فمن أهل الجنة وان كان من أهل النار فمن أهل النار حتى يبعثه الله عز وجل يوم القيامة (١٦) •

(١٣) سورة القصص الآية رقم ٥٦ •

(١٤) كتاب الروح لابن القيم ٥ طبعة مكتبة المدني •

(١٥) سورة غافر الآية رقم ٤٦ •

(١٦) سنن النسائي ١٠٧/٤ طبعة دار الكتب العلمية بيروت •

٣ - ما رواه أبو داود بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما
 قال - مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبرين فقال انهما
 يعذبان وما يعذبان في كبير اما هذا فكان لا يستنزه من البول وأما هذا
 فكان يمشى بالنميمة ثم دعا بعسيب رطب فشقه اثنين ثم غرس على هذا
 واحدا وعلى هذا واحدا وقال - لعله يخفف عنهما ما لم ييبسا « (١٧) »

٤ - وما رواه الامام أحمد بسنده الى البراء بن عازب رضى الله
 عنه قال - خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة رجله
 من الأنصار فانتبهنا الى القبر - ولما يلحد - فجلس رسول الله صلى
 الله عليه وسلم وجلسنا حوله كأنما على رؤوسنا الطير فجعل يرفع بصره
 ينظر الى السماء ويخفض بصره وينظر الى الأرض ثم قال : « أعوذ
 بالله من عذاب القبر » قالها مرارا ثم قال - ان العبد المؤمن اذا كان
 في اقبال من الآخرة وانقطاع من الدنيا جاءه ملك فجلس عند رأسه
 فيقول اخرجي ايتها النفس المطمئنة الى مغفرة من الله ورضوان فتخرج
 نفسه وتسيل كما يسيل قطر السماء وتنزل ملائكة من الجنة بيض
 الوجوه كأن وجوههم الشمس معهم أكفان من اكفان الجنة وحنوط
 من حنوطها فيجلسون منه مد البصر فاذا قبضها الملك لم يدعوها في يده
 طرفه عين فذلك قواه تعالى :

« توفته رسلنا وهم لا يفرطون » (١٨) *

قال فتخرج نفسه كأطيب ريح وجدت غتخرج بها الملائكة فلا يأتون على
 جند بين السماء والأرض الا قالوا ما هذه الروح فيقال فلان فلان بأحسن
 اسمائه حتى ينتهوا به الى باب السماء الدنيا فتفتح له ويشيعه من كل
 سماء مقربوها حتى ينتهي بها الى السماء السابعة فيقول اكتبوا كتابه
 في عشرين ،

(١٧) سنن أبي داود ٦/١ طبعة دار احياء السنة بيروت *

(١٨) سورة الانعام الآية رقم ٦١ *

« وما أدراك ما عليون ، كتاب مرقوم ، يشهده المقربون » (١٩) •
 فيكتب كتابه في عليين ثم يقال : روحه الى الأرض فأنى وعدتهم أنى
 منها خلقناهم وفيها نعيدهم ومنها نخرجهم تارة أخرى فتد الى الأرض
 وتعاد روحه في جسده فيأتيه ملكان شديدا الانتهاز فينتهرانه ويجلسانه
 فيقولان : من ربك وما دينك ؟ فيقول : ربى الله ودينى الاسلام
 فيقولان : فما تقول في هذا الرجل الذى بعث فيكم ؟ فيقول : هو رسول
 الله ، فيقولان : وما يدريك ؟ فيقول : جاءنا بالبينات من ربنا فأمنت به
 وصحتته ، قال وذلك قوله عز وجل

« يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي
 الآخرة » (٢٠) •

قال : وينادى مناد من السماء قد صلق عبدى فألبسوه من الجنة
 وافرشوا له منها وأروه منزله منها فيلبس من الجنة ويفرش منها ويرى
 منزله منها ويفسح له مدبصره ويمثل له عمله في صورة رجل حسن
 الوجه طيب الريح حسن الثياب فيقول : أبشر بما أعد الله عز
 وجل لك أبشر برضوان الله وجنات فيها نعيم مقيم فيقول بشرك
 الله بخير ، من أنت ؟ فوجهك الوجه الذى جاءنا بالخير فيقول : هذا
 يومك الذى كنت توعده والأمر الذى كنت توعده وأنا عمك المصالح
 هو الله ما علمتك الا كنت سريعا في طاعة الله بطيئا عن معصية الله
 فجزاك الله خيرا • فيقول يارب أقم الساعة كى أرجع الى أهلى ومالى
 قال : وان كان عاجزا وكان في اقبال من الآخرة وانقطاع من الدنيا (*)
 ملك عند رأسه فقال :

اخرجنى أيتها النفس الخبيثة أبشرى بسخط الله وغضبه فتنزل
 ملائكة سود الوجوه معهم مسوح فاذا قبضها الملك قاموا فلم يدعوها

(١٩) سورة المطففين الآيات ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ (٢٠) سورة ابراهيم الآية ٢٧
 (*) أى إذا دنا أجل وصار فى حالة الا-ضار ، افتتح الربانى الممدد الامام

في يده طرفة عين قال : فتفرق في جسده فتستخرجها تقطع معها العروق والعصب كلسفود الكبير الشعب في الصوف المبلل فتؤخذ من الملك فتخرج كأنتن ريح وجدت فلا تمر على جند فيما بين السماء والأرض الا قالوا : ما هذه الروح الخبيثة ؟ فيقولون : هذا فلان بأسوا أسمائهم حتى ينتهوا الى السماء الدنيا فلا يفتح له فيقول : ردوه الى الأرض فاني وعدتهم أني منها خلقتهم وفيها أعيدهم ومنها أخرجهم تارة أخرى •

قال : فيرمي به من السماء قال : فتلا هذه الآية
 « ومن يشرك بالله فكأنما خر من السماء فتخطفه الطير أو تهوى به الريح في مكان سحيق » (٢١)

قال ويعاد الى الأرض وتعاد فيه روحه ويأتي ملكان شديداً الانتهاز فينتوران ويجلسانه فيقولان : من ربك وما دينك ؟ فيقول : لا أدري • فيقولان : فما تقول في هذا الرجل الذي بعث فيكم ؟ فلا يهتدى لاسمه فيقول : لا أدري ، سمعت الناس يقولون ذلك ، قال : فيقال : لا دريت ، فيضيق عليه قبره حتى تختلف أضلاعه ويمثل له عمله في صورة رجل قبيح الوجه مذتن الريح قبيح الثياب فيقول : أبشر بعذاب من الله وسخطه فيقول : من أنت فوجهك الوجه الذي جاء بالشر فيقول : أنا عملك الخبيث والله ما علمتك الا كنت بطيئاً عن طاعة الله سريعاً الى معصية الله ثم قال : فيقيض له ملك أصم أبكم معه مرزبة لو ضرب بها جبل صار تراباً — أو قال رميماً — فيضربه بها ضربة يسمعها الخلائق الا الثقلين ثم يعاد فيه الروح فيضرب ضربة أخرى « (٢٢) •
 نسأل الله العفو والعافية وحسن الخواتيم
 وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم •

(٢١) سورة الحج الآية ٣٦ •

(٢٢) الفتح الرباني شرح مسند الامام أحمد ٧/٧٤ وما بعدها ط

دار احياء التراث العربي •

الفصل الثانى

الاستئجار على أداء القرب

ان شأن المسلم دائما أن يتحرى الاخلاص فى عبادته والكسب الحلال ولما كان موضوع الاستئجار على أداء القرب يمس هذين الأمرين أكثر أن ابين مدى مشروعية هذا النوع من الاجارات وما يترتب عليه من حل الكسب وعدمه ومدى امكان تدارك ما فات بعض الأشخاص من خير عن طريق تلك الاجارة كالاجارة على أداء الصلاة والصيام والحج وقراءة القرآن والاذان والامامة وتعليم العلوم الشرعية وما الى ذلك من زكاة وذبح اضحية وهدى وصدقة •

وسوف اتناول ذلك بمشيئة الله تبارك وتعالى فى ثلاثة مباحث فاقول وبالله تبارك وتعالى التوفيق :

المبحث الأول : تعريف الاجارة ودليل مشروعيتها : وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الاجارة :

أولا : تعريفها لغة :

الاجارة - فى الحقيقة - اسم للاجرة ثم استعملت فى العقد على وجه المجاز وهى مثلثة الهمزة - والكسر أشهر لغاتها وافصحها ، والاجرة هى الكراء والجزاء على العمل وعوض المنفعة والجمع أجور وأجر بضم الهمزة وفتح الجيم والأجير على وزن فعيّل كتديم وجليس وجمعه أجراء (١) •

(١) القاموس المحيط مادة أجر باب الرأ فصل الهمزة ، لسان

العرب مادة أجر •

ثانيا : تعريفها اصطلاحاً :

عرف الفقهاء الاجارة بتعريفات عدة (٢) أرى أن أشملها هو ما ذهب اليه الشافعية من أن الاجارة عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبدل والاباحة بعوض معلوم « (٣) » .

شرح هذا التعريف

قولهم « عقد » جنس في التعريف يشمل كل عقد — وقولهم « على منفعة » يقصد بها أن الاجارة تقع على المنفعة سواء كانت الاجارة واردة على الأعيان كالدور والدواب أم واردة على عمل في الذمة كما هو الحال في اجارة الأشخاص ويخرج بها النكاح لأنه عقد على الانتفاع وليس على المنفعة — وقولهم « مقصودة » يخرج به استئجار تفاحة أشمها فقط فهذا غير مقصود وقولهم « قابلة للبدل » يخرج منفعة البضع فالعقد عليها لا يسمى اجارة وقولهم « والاباحة » يخرج به اجارة الجوارى للوطء وقولهم « بعوض » يخرج به الاعارة فانها بغير عوض وقولهم « معلوم » يخرج به العوض المجهول كما في المزارعة والمساقاة والمضاربة فان العوض فيها مجهول .

(٢) فعرفها الحنفية — بأنها بيع منفعة معلومة بأجر معلوم — وعند المالكية — بأنها تملك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض — وعند الحنابلة — بأنها عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في اللغة — أو عمل معلوم بعوض معلوم .
انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٩٧/٧ ط دار الكتب المصرية ،
الشرح الكبير للامام الدردير ٢/٤ طبعة الحلبي ، كشف القناع ٥٤٦/٣
طبعة مكتبة النصر الحديثة .

(٣) معنى المحتاج شرح المنهاج ٣٣٢/٢ طبعة الحلبي .

المطلب الثانى : دليل مشروعية الاجارة :
 اتفق الأئمة الأربعة على مشروعية الاجارة (٤) واستدلوا على
 ذلك بالكتاب والسنة والمعقول :
 أما الكتاب فممه :

١ - قول الله تبارك وتعالى :

« فان أَرْضَعْن لَكُمْ فَأَتَوْهُنَ أَجُورَهُنَّ » (٥) •

وجه الدلالة من هذه الآية :

ان الله سبحانه وتعالى أجاز استئجار المطلقات لارضاع أبنائهن
 وأمر الأباء بدفع الاجر لهن والأمر يقتضى الوجوب فكان ذلك دليلا على
 مشروعية الاستئجار •

٢ - قول الله تبارك وتعالى فى قصة سيدنا موسى وسيدنا شعيب
 عليهما وعلى نبيينا الصلاة والسلام :

« قالت احداهما يا أبت استأجره ان خير من استأجرت القوى
 الأمين ، قال انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى
 ثمانى حجج فان أتممت عشرا فمن عندك » (٦) •

(٤) نهاية المحتاج ٢٥٨/٥ طبعة المطبعة العامرية الكبرى ، الام
 للامام الشافعى ٢٥٠/٣ طبعة الشعب ، المغنى لابن قدامة ٢٦١/٥ طبعة
 مكتبة ابن تيمية وبدائع الصنائع ١٧٣/٤ طبعة العاصمة ، بداية المجتهد
 ٢١٩/٢ طبع الكليات الأزهرية ولكن الاجارة عندهم مشروعة على خلاف
 القياس وذلك لأن المعقود عليه هى المنفعة والمنفعة معدومة حال التعاقد
 والمعدوم لا يكون محلا للعقد • وخالف فى ذلك ابن تيمية وابن القيم
 فقالا أن الاجارة مشروعة على وفق القياس • اعلام الموقعين ٤٥١/١ •

(٥) سورة البلاق آية رقم ٦ •

(٦) سورة القصص آية رقم ٢٦ ، ٢٧ •

وجه الدلالة من هذه الآية :

ان معنى أن تأجرني أى ان تكون أجيرا لى أو على ان تجعل عوضا
انكاحى اياك بنتى رعى غنمى ثمانى حجج أى سنين وهذا يدل على
جواز الاجارة لأن شرع من قبلنا شرع لنا مالم يظهر النسخ خاصة اذا
قص علينا لا على وجه الإنكار (٧) •

أما السنة فمنها :

١ — ما رواه البخارى بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه —
أنه قال — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال تعالى فى الحديث
القدسى : « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بى ثم غدر •
ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم
يوفه أجره » (٨) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

ان الله تبارك وتعالى هدد من لم يعط الأجير أجره بعد أن يستوفى
منه منفعتة بأن يكون خصمه يوم القيامة والوعيد لا يكون الا على ترك
واجب فدل ذلك على وجوب أداء الأجرة عند الاستئجار فبذلك تثبت
مشروعية الاجارة •

٢ — ما رواه ابن ماجه بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما انه

(٧) وهذا هو المذهب المختار عند الحنفية والمالكية ورواية للحنابلة
وأما المختار عند الشافعية ورواية للحنابلة فهو أن شرع من قبلنا ليس
شرعا لنا ولا يلزمنا العمل به انظر بدائع الصنائع ١٧٣/٤ ، الأجكام
للآملى ١٢٩/٣ ، العضد على ابن الحاجب ٢٨٦/٢ •

(٨) فتح البارى شرح صحيح البخارى ١٣/١٠ طبعة الكليات
الأزهرية •

قال — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم — « أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه » (٩) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر باعطاء الأجرة للأجير قبل أن يجف عرقه وهذا كناية عن وجوب الاسراع باداء أجر الأجير فكان ذلك حليلا على مشروعية الاجارة •

وأما المعقول : فهو أن الضرورة تقتضى اجازة الاجارة لأن الناس في حاجة الى المنافع كما هم في حاجة الى شراء الأعيان فكما أباح الله تبارك وتعالى العقد على الأعيان بالبيع فوجب القول باجازة العقد على المنافع بالاجارة •

وذهب بعض العلماء ومنهم ابن علية والأصم والقاشاني والنيرواني (١٠) الى عدم جواز الاجارة وذلك لأن الاجارة ترد على المنافع وهي معدومة وقت العقد، المعدوم لا يكون محلا للعقد لاشتماله على غرر يفضى الى نزاع •

ويناقش ذلك — بان ذلك مخالف لما ثبت بالنص الشرعى فلا يلتفت اليه •

المبحث الثانى : الاستئجار على القرب التى تتعلق بعين المكلف :

ويشتمل هذا المبحث على القرب التى تتعلق بذات المكلف وهى التى يكون الطلب فيها متوجها من الشارع الى المكلف ليقوم بها سواء كانت مالية كالزكاة وذبح الأضحية والهذى وتوزيعها أم بدنية كالصلاة والصيام أم تنصف بكونها مالية وبدنية معا كالحج وسوف أتناول ذلك فى ثلاثة مطالب على النحو التالى :

(٩) سنن ابن ماجه ٤٤/٢ طبعة الحلبي •

(١٠) المغنى لابن قدامة ٤٣٣/٥ ، بدائع الصنائع ٢٥٥٤/٥ مطبعة

المطلب الأول : الاستئجار على القرب المالية :

اتفق الفقهاء على أن القربات المالية المحضة كتوزيع الزكاة وذبح الأضحية والهدى وتوزيع الصدقات والكفارات وما إلى ذلك من أنواع القربات المالية يصح الاستئجار عليها (١) وذلك لما يأتي :

١ - ما رواه مسلم بسنده إلى على كرم الله وجهه أنه قال - أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدّ فيه وأن أقسم بدّ فيه كلها جلودها وجلالها وأن لا أعطى الجازر منها شيئاً وقال نحن نعطيهِ من عندنا » (٢) •

وجه الدلالة من هذا الحديث واضحة في :

أن النبي صلى الله عليه وسلم أناب غيره في توزيع الهدى والقيام على ذبحه وإذا جازت الانابة في ذلك جاز الاستئجار عليها خاصة وأنها عبادات مالية تعلق التكليف فيها بإيصال المال إلى مستحقه وذلك لا يتوقف على أداء المكلف بنفسه يضاف إلى ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم صرح بأنه سيعطي الجازر من عنده وليس ما سيعطيه إياه إلا أجراً مقابل أجارة بعمل محدد •

(١) مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر ٣٠٧/١ طبعة سنة ١٣٢٧ ، فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٢ / ٣٥٩ ، ج ٣ / ١٤٣ طبعة الحلبي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢١/٢ طبعة الحلبي ، مواهب الجليل للحطاب ٤١٨/٥ طبعة مطبعة النجاح بليبيا ، المجموع للنووي ٤٣٠/٦ طبعة العاصمة ، كشاف القناع ٣٦١/٢ طبعة دار الفكر / المحل لابن حزم الظاهري ١٩١/٨ طبعة المكتب التجاري للطباعة والنشر •

ومؤلاء الفقهاء يشترطون في الاجارة على هذه القرب جميع الشروط التي يشترطونها في أي اجارة أخرى •

(٢) صحيح مسلم ٩٥٤/٢ طبعة الحلبي •

٢ - ما رواه البخاري - من أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يبعث عماله ليقبض الزكاة وتقريتها فقد بعث معاذ بن جبل رضى الله عنه الى اليمن وقال له أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم فإن هم أطاعوك بذلك فإياك وكرائم أهلهم وائق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب (٣) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن هذا الحديث يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيز الانابة في جمع الزكاة ودفعها لمستحقها وإذا جازت الانابة في ذلك جازت الاجارة عليها ومعلوم أن هؤلاء العمال كانوا يعطون أرزاقا من بيت المال مما حدا بالبعض أن يطلب القيام بهذا العمل مقابل ما يجرى عليه من الرزق (٤) •

ويناقش هذا : بأن هناك farkا بين الأجرة من جهة وبين الارزاق وسهم الصدقة من جهة أخرى إذ الأجرة لا يجوز فيها الجهل بالمقدار وذلك بخلاف الأرزاق وسهم الصدقة وعلى هذا فلا يصح القياس هنا (٥) •

ويجاب عن هذا من وجهين :

الوجه الأول : بأنه لا يسلم أن الأرزاق وسهم الصدقة مجهولان بل هما معلوما القدر بنسبة معينة تخضع للكم الوارد لبيت المال •

(٣) صحيح البخارى ١٣٠/٢ طبعة الحلبي •

(٤) سنن أبى داود ٩/٣ كتاب الامارة والقيء والخراج •

(٥) وقد فرق الامام النووى رضى الله عنه بين الأرزاق من بيت المال

على الامامة والقضاء وتعليم العلم الواجب كفايا وغيرها وبين الاجارة على

هذه الأعمال انظر الروضة للامام النووى ٦٥/٤ •

الوجه الثانى : وعلى فرض التسليم بأن الأرزاق وسهم الصدقة مجهولان بالنظر الى أن الوارد الى بيت المال مجهول الا أن بعض الفقهاء وهم المالكية والزيدية والامامية اجازوا الاجارة على نسبة من الناتج عن المعتود عليه اذا كان مقدرًا فى الجملة « (٦) » .

٣ - ان هذه العبادات عبادات مالية محضبة لا تحتاج الى أن يفعلها الانسان بنفسه لأن الملاحظ فيها فقط هو بذل المال وايصاله الى أصحابه ومستحقه فيجوز الاستئجار عليها خاصة اذا تعذر فعلها على صاحبها بنفسه .

المطلب الثانى : الاستئجار على القرب البدنية

وفيه ثلاثة فروع

الفرع الاول : الاستئجار للصلاة والصيام عن الحى :

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للحى أن يستأجر من يؤدى عنه الصلاة أو الصيام (٧) واستدلوا على ذلك بالأثر والمعقول :
أما الأثر : فما رواه البيهقى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال « لا يصلى أحد عن أحد ولا يصوم أحد عن أحد » .
وروى مثل ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما « (٨) » .

(٦) وذلك بخلاف الحنفية والشافعية والحنابلة اتفائلين بعدم جواز ذلك انظر تكملة فتح القدير ١٠٧/٩ ، نهاية المحتاج ٣٢٢/٥ ، المغنى لابن قدامة ٣٢٨/٥ ، الشرح الكبير للامام الدردير ٩/٤ ، تحرير الأحكام ٢٤٤/٢ ، شرح الأزمهر للزيدي ٢٨٨/٣ .

(٧) بدائع الصنائع للكاسانى ٢٦٠٥/٦ طبعة العاصمة ، مجمع الأنهر ٣٠٧/١ ، فتح القدير ٣٥٩/٢ ، الشرح الكبير للامام الدردير مع الحاشية ٥٣٠/١ ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٤٤/٢ ، المغنى لابن قدامة ١٤٣/٣ ، المحلى لابن حزم الظاهرى ١٩١/٨ .

(٨) سنن البيهقى ٢٥٧/٤ طبعة المعارف النظامية حيدر آباد .

وجه الدلالة من هذا الأثر :

هو أن « لا » في الأثر نافية وهي موجهة الى صحة العمل لا الى المأهية والذات فيكون المعنى لا يصح أن يصلى أحد عن أحد ولا يصح أن يصوم أحد عن أحد فيدل ذلك على المدعى - يضاف الى ذلك ان هذا مما لا يقال فيه بالرأى وان الميت يستثنى بالدالة الأخرى التى منيأتى ببيانها بعد .

أما المعقول : فهو أن هذه العبادات بدنية يتوقف أصل حصولها على النية وأن المقصود منها امتحان عين المكلف بها - وغيره لا يقوم مقامه فيها وكذلك الخضوع بها لله عز وجل والتوجه اليه والتذلل بين يديه والانقياد لحكمه وعمارة القلب بذكره ولا يحصل ذلك الا من المكلف بنفسه فلا يجوز الاستئجار عليها (٩) .

الفرع الثانى : الاستئجار للصلاة عن الميت :

اختلف الفقهاء فى جواز استئجار من يصلى عن الميت على مذهبين :

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والحنابلة وجمهور الشافعية الى انه لا يجوز الاستئجار للصلاة عن الميت سواء كانت الصلاة التى فاتته فرضا أم نفلا (١٠) وذلك قياسا على عدم جواز الاستئجار عليها بالنسبة للحى بجامع أن كلا صلاة تعلقت بعين المكلف يضاف الى ذلك ما سبق ذكره من ادلة الاتفاقية السابقة .

(٩) معنى المحتاج شرح المنهاج ٣٤٤/٢ طبعة الحلبي .

(١٠) بدائع الصنائع ٢٦٠٥/٦ ، مجمع الأنهر ٣٠٧/١ ، بداية

المجتهد ونهاية المقتصد ٣٠٩/١ طبعة الحلبي ، حاشية الدسوقي على الشرح

الكبير ٥٣٠/١ والمجموع للنووي ٤٣٠/٦ ، معنى المحتاج ٣٤٤/٢ ، المعنى لابن قدامة ١٤٣/٣ .

وذهب الظاهرية وبعض الشافعية والأوزاعي وإسحاق بن راهويه - إلى أنه يجوز للولي أن يصلي عن الميت سواء كانت الصلاة فرضاً أم. نفلاً فإن أبى الولي أن يقوم بها عن الميت استتجر من مال الميت من. يقوم بأدائها عنه وقد وافقهم الحنابلة في صلاة النذر فقط وذلك لأنها دين الله سبحانه وتعالى ودين الله يجب أدائه (١١) •

وأرى أن مذهب اليه جمهور الفقهاء هو الأولى بالقبول. لا ذكره - يضاف إلى ذلك أن هذا الرأي يحقق المقصود من العبادة. فيندفع المكلف إلى أدائها ولا يعتمد على ثروته التي يمكن أن يوصى. باستتجار من يؤدي عنه الصلاة فلا يتحقق مقصود العبادة التي هي. اختبار عين المكلف وتهذيب نفسه وإصلاح قلبه •

الفرع الثالث : الاستتجار للصيام عن الميت :

اختلف الفقهاء في جواز الاستتجار للصيام عن الميت على. مذهبين :

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والزيدية والشافعية. في مذهبه الجديد إلى أنه لا يجوز الاستتجار للصيام عن الميت ووافقهم. الحنابلة فيما إذا كان الصيام من رمضان (١٢) •

وذهب الظاهرية والشافعية في القديم إلى أنه يجوز الاستتجار. للصوم عن الميت مطلقاً ووافقهم الحنابلة فيما إذا كان الصيام. نذراً (١٣) •

(١١) المحلى لابن حزم ١٩١/٨ ، المجموع للنووي ٤٣٠/٦ ، المغنى. لابن قدامة ١٤٣/٣ •

(١٢) فتح القدير ٣٥٩/٢ ، بداية المجتهد ٣٠٩/١ ، اللعة الدمشقية. ١٢٢/٣ والمهذب للشيروازي ٤٠٩/١ طبعة الحلبي ، المغنى لابن قدامة. ١٤٣/٣ •

(١٣) المحلى لابن حزم ١٩١/٨ ، المهذب للشيروازي ٤٠٩/١ ، المغنى. لابن قدامة ١٤٣/٣ - إلا أن الظاهرية قالوا إنما يجوز الاستتجار في. حالة عدم وجود ولي يصوم عنه •

- الآية -

استدل القائلون بأنه لا يجوز الاستئجار للصيام عن الميت بالسنة
بإثر والمعقول :

أما السنة : فما رواه ابن ماجه بسنده الى ابن عمر رضى الله
عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من مات وعليه صيام فليطعم
عنه مكان كل يوم مسكينا » (١٤) •
وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر أن الذى يموت وعليه
صيام فالواجب أن يطعم عنه ولو كانت النيابة عن الميت فى الصيام
جائزة لبين ذلك النبي صلى الله عليه وسلم إذ لا يجوز تأخير البيان
عن وقت الحاجة اليه فدل ذلك على أنه لا يجوز الاستئجار للصيام عن
الميت من باب أولى •

ويناقش هذا : بأنه قد رويت احاديث تجيز النيابة فى الصيام
عن الميت وسيأتى ذكر طرف منها فى أدلة القائلين بجواز الاستئجار
للصيام عن الميت •
أما الأثر : فممنه :

١ - ما رواه البيهقى بسنده الى السيدة عائشة رضى الله عنها
أنها قالت فى شأن الميت الذى مات وعليه صوم « يطعم عنه فى قضاء
رمضان ولا يصام » (١٥) ، وقالت أيضا « لا تصوموا عن موتاكم
وأطعموا عنهم » •

٢ - وما رواه البيهقى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما
أنه قال : « لا يصلى أحد عن أحد ولا يصوم أحد عن أحد » (١٦) •
٣ - وما رواه البيهقى أيضا بسنده الى ابن عمر رضى الله

(١٤) سنن ابن ماجه ٥٥٨/١ طبعة دار احياء الكتب العربية •

(١٥) سنن البيهقى ٢٥٧/٤ طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية •

(١٦) سبق تخريجه •

عنهما أنه كان إذا سئل عن الرجل يموت وعليه صوم من رمضان أو نذر يقول « لا يصوم أحد عن أحد ولكن تصدقوا عنه من ماله للصوم لكل يوم مسكينا » (١٧) •

فهذه الآثار تدل على أن الصحابة الكرام رضوان الله عليهم كانوا يرون أن من مات وعليه صوم لا يصام عنه ولا يستأجر للمصيام عنه بل يطعم وهذا من الأمور التي لا مجال للرأى فيها لأنها أمور تعبدية والأصل فيها التوقيف فلا بد من انهم اعتمدوا في ذلك على سنة صحيحة ثابتة عندهم :

وأما المعقول : فهو أن الصوم لا تدخله النيابة عن الحي فكذلك لا تدخله النيابة عن الميت قياسا على الصلاة بجامع أن كلا عبادة يقصد بها امتحان عين المكلف وعليه فلا يجوز الاستئجار للمصيام عن الميت (١٨) • ق

واستدل القائلون بأنه يجوز الاستئجار للمصيام من الميت بالسنة منها •

١ - ما رواه مسلم بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما قال جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان أمي ماتت وعليها صوم نذر أفأصوم عنها؟ قال أفرأيت لو كان على أمك دين ففضيته أكان يؤدي ذلك عنها؟ قالت نعم قال فصومي عن أمك (١٩) •

٢ - ما رواه أبو داود بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أن امرأة ركبت البحر فنذرت ان نجاها الله ان تصوم شهرا فنجهاها الله سبحانه وتعالى فلم تصم حتى ماتت فجاءت بنتها أو أختها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تصوم عنها (٢٠) •

(١٧) سنن البيهقي ٢٥٧/٤ طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية •

(١٨) المهذب للشيرازي ٤٠٩/١ طبعة الحلبي •

(١٩) صحيح مسلم ٨٠٤/٢ مطبعة عيسى الحلبي •

(٢٠) سنن أبي داود ٢١٢/٢ طبعة مصطفى الحلبي •

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

هو أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر البنت أن تصوم عما ثبت في ذمة أمها من صيام نذر فدل ذلك على جواز الصيام عما فات الميت من فريضة كصيام رمضان قياساً عما ثبت في النذر بجامع أن كلا صوم واجب ثبت في الذمة •

ويناقش هذا : بأن القياس هنا قياس مع الفارق فلا يصح لأن النذر أوجب على الإنسان على نفسه وذلك بخلاف صيام شهر رمضان فإن الذي أوجب على الله سبحانه وتعالى فامتحان عين المكلف فيه أظهر •
٣ - وما رواه البخاري بسنده إلى السيدة عائشة رضى الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من مات وعليه صوم صام عنه وليه » (٢١) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز النيابة عن الميت في الصيام وما جازت النيابة فيه جاز الاستئجار لأدائه :

الرأى المختار :

وبعد فإننى أرى أنه يمكن التوفيق بين أدلة القائلين بجواز الاستئجار للصيام عن الميت وأدلة القائلين بعدم جواز ذلك بأن نحمل أحاديث جواز الصيام نيابة عن الميت على صيام النذر والنفل وأحاديث عدم جواز النيابة على صيام الفريضة •

ومما يدعم ذلك ما رواه البيهقي بسنده إلى ابن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن رجل مات وعليه نذر يصوم شهراً وعليه صوم رمضان ؟ قال أما رمضان فليطعم عنه وأما النذر فيصام عنه (٢٢) •

(٢١) صحيح البخارى ١٣٨/٤ طبعة دار الشعب •

(٢٢) سنن البيهقي ٢٥٧/٤ •

المطلب الثالث

الاستئجار على القرب الموصوفة بكونها مالية وبدنية معا وهي الحج وفيه فرعان :

الفرع الأول : الاستئجار الحج عن الصحيح القادر :

اتفق الأئمة على أن الشخص الصحيح القادر على السفر إلى الحج ليس له أن يستأجر غيره في الحج الواجب المفروض عليه (٢٣) وذلك لأن الحج فرض عين على كل مستطيع لقول الله تبارك وتعالى « والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا ومن كفر فإن الله غنى عن العالمين » (٢٤) •

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

ان هذه الآية تدل بمنطوقها على أن المستطيع واجب عليه أن يحج البيت فلو أناب أو استأجر غيره لم يصدق عليه انه حج البيت •
وبما رواه الامام أحمد بن حنبل بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما انه قال خطبنا النبي صلى الله عليه وسلم فقال أيها الناس ان الله كتب عليكم الحج فحجوا قال فقام الأقرع بن حابس فقال : في كل عام يا رسول الله؟ قال لو قتلنا لوجب ولو وجبت لم تعملوا بها أو لم تستطيعوا أن تعملوا بها فمن زاد فهو تطوع » (٢٥) •

(٢٣) الاختيار لتعليل المختار للموصلى ٧٧/٢ ط الحلبي ، الشرح الكبير للامام الدردير ١٨/٢ طبعة الحلبي ، المهذب للشيرازي ١/٦٩٩ والمغني لابن قدامة ٣/٢٣١ ، المحلى لابن حزم ٨/١٩٢ •
(٢٤) سورة آل عمران آية رقم ٩٧ •
(٢٥) الفتح الرباني على مسند الامام أحمد ١٥/١١ طبعة احياء التراث العربي •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

دل هذا الحديث على أن الحج واجب على المكلف في العمر مرة واحدة مادام مستطيعا — ودل أيضا على أن المكافين بالحج لا يستطيعون فعله في كل عام وعدم الاستطاعة هنا بدنى فقط — إذ عدم المال يسقط التكليف بالحج من أصله إذن فعدم مشروعية الوجوب سنويا جاء لرفع الحرج البدنى فقط فدل ذلك على أن النيابة بالحج لا تجوز لأنها لو جازت لكانت الاستطاعة متوفرة سنويا أما بفعل المكلف ذلك بنفسه وأما بانابة غيره عنه وحينئذ فلا يكون لقوله صلى الله عليه وسلم « لم تستطيعوا أن تعملوا بها » وجه •

كما أن جمهور الفقهاء ذهبوا الى أنه يجوز استئجار من يحج عن الميت في حالة ايصاله بذلك ويكون ذلك من ثلث ماله (٢٦) لقول النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم « (٢٧) •

ولأن الميت قد التزم شرعا بأداء الحج في حياته فيجب على الموصى لهم تنفيذ ذلك •

الفرع الثانى : الاستئجار بالحج عن العاجز والميت :

اختلف الفقهاء في جواز الاستئجار للحج عن العاجز والميت على مذهبين :

-
- (٢٦) نفس المراجع السابقة — الا أن هناك رواية عند المالكية لا تجوز الحج عن الميت ولو أوصى بذلك — انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٩/٢ طبعة الحلبي •
- (٢٧) شرح معاني الآثار للطحاوى ٣٧٩/٤ ، سنن ابن ماجه ٩٠٤/٢ طبعة المكتبة العلمية بيروت •

فذهب الجمهور ومنهم الحنفية والمالكية (٢٨) وهو المشهور عند
 الحنابلة الى أنه لا يجوز الاستئجار للحج عن الميت والعاجز (٢٩) .
 وذهب الشافعية والظاهرية والحنابلة في غير المشهور الى انه
 يجوز الاستئجار للحج عن العاجز (٣٠) والميت (٣١) مطلقا .

الأدلة

استدل القائلون بعدم جواز الاستئجار للحج عن الميت والعاجز،
 بما يأتي :

(٢٨) ومع قول الحنفية بأنه لا يجوز الاستئجار للحج الا أنهم قالوا
 تجوز النيابة في الحج ولو بأجر بشرط ألا يقول المنوب عنه للنائب
 استأجرتك بكذا ولو قال ذلك بطلت الاجارة وبقي الأمر بالحج ووجب
 للأجير أجره المثل وحج المنوب عنه ، انظر حاشية ابن عابدين ٢٤٠/٢
 طبعة دار احياء التراث العربي ، وعند المالكية لا تصح النيابة في حج
 الفريضة لا بأجر ولا بغيره وعليه فلا يجوز الاستئجار للحج واذا وقع وقع
 فاسدا ووجب فسخ العقد واذا أتم المستأجر الحج استحق أجره المثل
 والا فلا وأما بالنسبة للاستئجار عن حج النافلة والنذر فانه يجوز عندهم
 مع الكراهة . انظر الشرح الكبير مع الحاشية ١٩/٢ طبعة الحلبي .

(٢٩) بدائع الصنائع ٦/٢٦٠٥ ومجمع الأنهر ١/٣٠٧ ، بداية
 المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٣٣١ ، الشرح الكبير للامام الدردير ٢/١٩
 والمغنى لابن قدامة ٣/٢٣١ طبعة مكتبة ابن تيمية .

(٣٠) واشترط هؤلاء لجواز الاستئجار للحج عن العاجز أن يكون
 العجز غير مرجو الزوال وكان لديه مال ووجد من يستأجره بأجر المثل
 فان كان العجز مرجو الزوال فلا يجوز الاستئجار وان عدم المال أو الأجير
 بأجر المثل فهو غير مستطيع فلا يجب عليه الحج . انظر المذهب للشيرازي
 ١/١٩٩ طبعة الحلبي ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٢/٣٤٤ ط الحلبي .
 (٣١) مغنى المحتاج ٢/٣٤٤ ، المحلى لابن حزم الظاهري ٨/١٩٢ ،
 المغنى لابن قدامة ٣/٢٣١ ، المبدع شرح المقنع ٥/٩٠ طبعة المكتب الاسلامي

١ - قول الله تبارك وتعالى « والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا » (٣٢) •
وجه الدلالة من هذه الآية :

هو أن الله سبحانه وتعالى علق وجوب الحج على الاستطاعة فالعاجز لا يجب عليه الحج وعليه فلا يجوز الاستئجار للحج عنه •
كما أن قوله « من استطاع » يدل من قوله « على الناس » فكأن الآية صريحة في أن الحج مطلوب عينا ممن استطاع فمن عجز لا يجب عليه الحج وبالتالي لا يشرع في حقه الانابة والاجارة ، فهما متفرعان عن الوجوب :
ويناقش هذا :

بأن هذا الكلام غير مسلم لأنه مصادرة على المطلوب فإن عدم التكليف بالحج للعاجز به بدنيا مع وجود القدرة المالية للانابة والاجارة هو عين المدعى أو لازمه - فنحن ندعى أنه مستطيع بالغير لقدرته ماليا فيجب عليه الحج •

كما أنه يجوز الاستئجار لأداء بعض النوافل كالحج غير الواجب والعمرة مع أنهما غير واجبين عليه •

٢ - أن الحج واجب عيني والواجب العيني يقصد به امتحان المكلف و اظهار خضوعه لله عز وجل وأمثاله له والأجير لا يقوم مقام المستأجر في ذلك •
ويناقش هذا :

بأنه من المسلم أن الحج واجب عيني ولكن مسألتنا فيمن طرأ عليه عجز أو وفاة ولم يؤد ما عليه وأراد أن يبرئ ذمته أمام الله عز وجل وليس أمامه سوى أن يستأجر من يحج عنه إذا لم يجد من

ميتوب عنه بلا أجر فكان هذا هو الطريق الذي ينبغي فتحه أمام العاجز أو أولياء الميت حتى يكفروا عنه ما صدر منه من تفريط في جنب الله عز وجل •

٣ - أن الحج قرينة والمقربة إذا وقعت كانت لمن فعلها ولذلك فإن أهليته معتبرة في أداء القرينة وإذا كان الأمر كذلك فلا يجوز له أخذ الأجر على ما فعل لأن القرينة ستقع له •

ويناقش هذا :

بأنه غير مسلم إلا في حالة ما إذا نوى فاعل القرينة الفعل لنفسه أما إذا نواه لغيره فإنه لا يقع له كما هو الحال في الحج عند الخنفيه والحنابلة فإنه يقع لمن نوى له وكذا الحال عند المالكية في حال النفل والنذر •

٤ - كما أنه يمكن قياس عدم جواز الاستئجار للحج عن العاجز والميت على عدم جواز ذلك في الصلاة والصيام بجامع أن كلا فرض عين •

ويناقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح إذ من شروط المقيس عليه أن يكون أمراً منصوباً عليه أو مجعماً عليه في الراجح عند الأصوليين والفتهاء ومقابلته مرجوح لا يعول عليه • وقد اختلف هنا في جواز الاستئجار للصلاة والصيام عن العاجز والميت كما مر بيانه •

واستدل القائلون بجواز الاستئجار للحج عن العاجز والميت مطلقاً بما يأتي :

١ - ما رواه البخاري بسنده إلى ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة من خثعم قالت يا رسول الله ان فريضة الله على عباده في الحج

أدركت أبى شيخا كبيرا لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه
قال — نعم « وذلك في حجة الوداع (٣٣) » •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبي صلى الله عليه وسلم اذن للمرأة أن تحج عن أبيها
الذى عجز عن أداء فريضة الحج وإذا جاز لها أن تحج عن أبيها جاز
لها أن تستأجر للحج عنه وذلك لأن كلا أداء فرض عين عن الغير •

٢ — ما رواه البخارى بسنده عن ابن عباس رضى الله عنهما أن
امراة من جهينة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان أمى
نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها ؟ ، فقال — نعم حجى
عنها أرايت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته اقتضوا الله فالله أحق
بالوفاء « (٣٤) » •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبي صلى الله عليه وسلم شبه الحج الذى هو دين الله
بدين الادمى بجامع أن كلا واجب الأداء فاذا كان أداء دين الأدمى
من أى شخص يسقط المساءلة (٣٥) عن الميت فكذا الحال في الحج الذى
هو دين الله فيحفل الأجير في ذلك الأداء •

(٣٣) صحيح البخارى ٢٣/٣ •

(٣٤) صحيح البخارى ٢٣/٣ •

(٣٥) يدل على ذلك ما رواه البخارى بسنده الى مسلمة بن الأكوع :

أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل ليصلى عليه فقال هل عليه دين ؟
قالوا نعم ديناران قال هل ترك لهما وفاء؟ — قالوا لا فتأخر فقبل لم لاتصل
عليه؟ فقال صلى الله عليه وسلم — ما تنفعه صلاتي وذهمت مرهونة الا أن
قام أحدكم فضمنه فقام أبو قتادة — فقال — هما على يا رسول الله فصل
عليه النبي صلى الله عليه وسلم — صحيح البخارى ٢٧٣/٥ ، مسند الامام
أحمد ٨٩/١٥ •

٣ - لم يأت نهى من النبي صلى الله عليه وسلم عن الاستتجار للحج عن العاجز أو الميت فيكون الاستتجار عليه جائزا لدخوله في عموم (٣٦) ما ورد في جواز المؤاجرة مثل قول النبي صلى الله عليه وسلم - اعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه (٣٧) •

فهذه الأحاديث وغيرها أمرت باعطاء الأجير حقه دون تأخير وذلك يدل على جواز الاستتجار ولم يستثن الحج منها فدل ذلك على أنه داخل في عمومها •

٢ - يجوز الاستتجار على الحج قياسا على جواز أخذ النفقة عنه بجامع أن كلا مال دفع لأداء فريضة الحج (٣٨) •

٣ - يجوز الاستتجار على الحج قياسا على جواز الاستتجار على بناء المساجد والقناطر وما شاكل ذلك بجامع عجز المستاجر عن القيام بهذه القرب بنفسه (٣٩) •

ويناقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح وذلك لأن بناء المساجد والقناطر ليس بفرض على شخص بعينه بخلاف الحج فإنه واجب عيني كما أنه لو لم يجز الاستتجار على بناء القناطر والمساجد وما شاكلهما لسد باب البناء إذ لا يستطاع ذلك في العادة الا بالاستتجار وذلك بخلاف الحج •

(٣٦) المحل لابن حزم الظاهري ١٩٢/٨ طبعة المكتب التجاري للطباعة والنشر •

(٣٧) سنن ابن ماجه ٤٤/٢ طبعة دار احياء الكتب العربية •

(٣٨) المغني لابن قدامة ٢٣٠/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية •

(٣٩) المغني لابن قدامة ٢٣٠/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية •

الرأى المخار :

وبعد فأننى أرى أن ما ذهب اليه القائلون بأن الاستئجار على الحج بالنسبة للعاجز عنه والميت جائز هو الأولى بالقبول وذلك لما ذكروه من أدلة ورد دليل المخالف يضاف الى ذلك أن هذا الرأى يتفق مع روح الشريعة التى تفتح دائما الباب أمام المقصرين ليتداركوا ما فاتهم وترغيبا لهم فى الانابة الى ربهم من ذلك فتح باب التوبة أمام المسلم ما لم يغرر فاذا أفاق وتاب الى الله وثاب الى رشده وأراد أن يتدارك ما فاتته من فريضة الحج ولم يستطع لمرضه أو شيخوخته فإنه يفتح أمامه باب الاستئجار ويكون هذا الاستئجار ذليلا على صدق توبته حيث سيذلل — فوق نفقات الحج التى كان سيتكفها لو كان سيحج بنفسه — أجرة الأجير خاصة اذا لم يجد من يحج عنه بطريق النيابة دون الاستئجار •

واذا كنت قد اخترت انه يجوز الاستئجار للحج عن العاجز والميت فإنه ينبغى التنبيه على أن القائلين بهذا الرأى قد اشترطوا شروطا معينة فى الأجير وهى :

١ — أن يكون الأجير مكلفا • بحيث يصح حجه لنفسه لأن حجه اذا لم يصح لنفسه فلا يصح لغيره وعليه فلا يجوز حج الصبى ولا المجنون لقول النبى صلى الله عليه وسلم — رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل وفى رواية أخرى يفيق » (٤٠) •

٢ — أن يكون الأجير قد حج عن نفسه (٤١) وذلك لما رواه أبو داود بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله

(٤٠) سنن أبى داود ٢٢٨/٢ كتاب الحدود •

(٤١) المجموع شرح المهذب للشيرازى ٩٢/٧ : الغنى لابن قدامة

عليه وسلم سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة قال ومن شبرمة ؟ قال
أخ لي أو قريب لي قال حجبت عن نفسك ؟ قال — لا قال حج عن
نفسك ثم حج عن شبرمة (٤٢) •

فهذا الحديث يدل على أن النائب في الحج ينبغي أن يكون قد
حج عن نفسه فيقاس عليه الأجبر بجامع أن كلا يؤدي عبادة
عن غيره •

ومن الجدير بالذكر أنه يجوز استئجار المرأة للحج عن الرجل
واستئجار الرجل للحج عن المرأة من باب أولى لكمال حجة هذا عند
القائلين بجواز الاستئجار للحج •

المبحث الثاني

الاستئجار على الأقرب التي لا تتعلق بعين المكلف

والقرب التي لا تتعلق بعين المكلف هي التي تكون على الكفاية
أي إذا قام بها البعض سقط الاثم عن الباقي وحاز القائم بها الفضل
والمؤوبة مثل الإمامة والأذان وتغسيل الميت والصلاة عليه وتعليم
القرآن الكريم وسائر العلوم الدينية وما إلى ذلك من فروع الكفاية
التي لا يتوقف أصل حصولها على النية •

وقد اختلف الفقهاء في جواز أخذ الأجرة على القيام بهذه الأعمال
على مذهبين :

فذهب المالكية والشافعية (١) والظاهرية (٢) وهو أقول غير

(٤٢) سنن أبي داود ٤٢١/١ طبعة مصطفى البابي الحلبي •

(١) وقال الشافعي في الأم • في شأن استئجار المؤذن — أحب

أن يكون المؤذن متطوعين وليس للإمام أن يرزقهم وهو يجب من يؤذن
متطوعاً ممن له أمانة إلا أن يرزقهم من ماله قال ولا أحسب أحداً يبذل كثير
الاهل يعوزه أن يجد مؤذناً أميناً يؤذن متطوعاً فإن لم يجد فلا بأس أن

المشهور عند الحنابلة واليه ذهب متأخرو الحنفية الى أنه يجوز الاستئجار لهذه القرب وأمثالها ووافقهم الامامية في تعليم القرآن الكريم والصلاة على الميت مع الكراهة (٣) •

وذهب متقدمو الحنفية وهو المشهور في مذهب الحنابلة الى عدم جواز الاستئجار لهذه القرب وأمثالها ووافقهم الزيدية في الأصح عندهم في كل قرية (٤) •

يرزق مؤذنا ولا يرزقه الا من خمس الخمس • انظر الام ٧٢ طبعة الشعب وقال الامام الأوزاعي يجوز أن يجاعل على الأذان ولا يؤجر عليه انظر الفتح الرباني على مسند الامام أحمد ٢٧/٣ •

(٢) الظاهرية - قالوا يجوز للامام « أى امام المسلمين » أن يعطى المؤذن والامام من أموال المسلمين على وجه الصلة أن يستأجرهما أهل المسجد على الحضور معهم عند حلول أوقات الصلاة فقط مدة مسجدة فإذا حضر تعين الأذان والامامة على من يقوم بهما - انظر المحلى لابن حزم ١٩١/٨ طبعة المكتب التجاري للطباعة والنشر بيروت •

(٣) الفواكه الدواني ١٦٤/٢ طبعة الحلبي ، مواهب الجليل للمخطوب ٤١٨/٥ طبعة دار الفكر ، جواهر الاكليل ١٨٨/٢ طبعة الحلبي ، نهاية المحتاج ٢٩١/٥ طبعة الحلبي ، مغني المحتاج شرح المنهاج ٣٤٤/٢ طبعة الحلبي والمحلى لابن حزم الظاهري ١٩٣/٨ ، المغني لابن قدامة ٢٣١/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية ، وتحرير الأحكام ٢٣٣/١ طبعة القاهرة •

بل ان متأخري الحنفية استحسنوا أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم والفقه والأذان وذلك لأن الناس قد تركوا تعليمها حسبة لله سبحانه وتعالى • انظر مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر ٣٨٤/٢ طبعة احياء التراث •

(٤) العناية شرح الهداية للعيني ٩٣٧/٧ طبعة دار الفكر ، بدائع الصنائع ٢٦٠٥/٦ طبعة الامام ، المبدع شرح المقنع ٩٠/٥ طبعة المكتب الاسلامي ، المغني لابن قدامة ٢٣١/٣ وحاشية ابن عابدين ٢٤٠/٢ طبعه احياء التراث العربي ، الغرة المنيفة في تحقيق الامام أبي حنيفة ص ١١٧ طبعة مؤسسة الكتب الثقافية •

- الآية -

استدل القائلون بجواز الاستئجار لهذه القرب بالسنة والآثار والمعقول • أما السنة فمنها :

١ - ما رواه البخارى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما : قال : ان نفرا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم مروا بماء فيهم لديغ أو سليم فعرض لهم رجل من أهل الماء فقال هل فيكم من راق فان في الماء رجلا لديغا أو سليما فانطلق رجل منهم فقرا بفاتحة الكتاب على شاة فجاء بالشاة الى أصحابه فكرهوا ذلك وقالوا أخذ على كتاب الله أجرا حتى قدموا المدينة فقالوا يا رسول الله - أخذ على كتاب الله أجرا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله (٥) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن قول النبي صلى الله عليه وسلم ان أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله دليل على جواز أخذ الأجر على تعليم القرآن ويلحق به كل ما في معناه كتعليم سائر العلوم الدينية •

٢ - ما رواه البخارى بسنده الى أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أنه رقى رجلا بفاتحة الكتاب على جعل فبرئ الرجل وأخذ أبو سعيد وأصحابه الجعل فأتوا به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه وسألوه فقال صلى الله عليه وسلم لأبى سعيد لقد أكلت برقية حق كلوا واضربوا لى معكم بسهم (٦) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقر أخذ الجعل على الرقية

(٥) فتح البارى شرح صحيح البخارى ١٨/١٠ ط الكليات الأزهرية

(٦) فتح البارى شرح صحيح البخارى ٢١/١٠ ط نفس الطبعة •

بفاتحة الكتاب فيجوز الاستئجار على تعليم القرآن بجامع أن كلا عوض في مقابلة قراءة القرآن إذ لا فرق بين قراءة القرآن للتعليم وقراءته للرقية بل أخذ الأجرة على التعليم أولى لاحتياجه التي جهد ووقت •

وقد نوقش هذا من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أن أخذ الأجرة في هذا الحديث كان على الرقية وهو نوع من المداواة ولا خلاف في جواز أخذ الأجرة على المداواة •
واجيب عن هذا :

بأن قراءة القرآن للتعليم غرض صحيح مقصود فجاز بذل المال في مقابلة كقراءة القرآن للمداواة بل هو أولى لما فيه من منفعة للمسلمين •

الوجه الثاني : أن هذا لم يكن من باب الاجارة بل هو من باب الجمالة وهناك فرق بين الاجارة والجمالة • فالجمالة أوسع من الاجارة ولذا جازت مع جهالة العمل •
واجيب عن هذا :

بأنه ليس هناك فرق بين الجمالة والاجارة هنا في هذا المقام لأن في كل منهما أخذ عوض في مقابل قراءة القرآن الكريم وهذا متفق عليه فيهما •

الوجه الثالث : أن المراد بالأجر في الحديثين هو الثواب من الله عز وجل •

واجيب عن هذا :

بأنه ليس المراد بالأجر في الحديثين الثواب بدليل ما ورد فيها من أخذ الصحابي للنشأة وقول النبي صلى الله عليه وسلم اضربوا لى معكم بسهم •

٣ - ما رواه البخارى بسنده الى سهل بن سعد أن النبى صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يا رسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها اياه ؟ فقال ما عندى الا ازارى هذا فقال النبى صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها ازارك جلست لا ازار لك فالتمس شيئا فقال ما أجد شيئا فقال التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال له النبى صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شيء قال نعم سورة كذا وسورة كذا لسور يسميها فقال له النبى صلى الله عليه وسلم قد زوجتكها بما معك من القرآن (٧) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن قول النبى صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن - معناه زوجتك اياها على أن تعلمها ما معك من القرآن فقد جعل النبى صلى الله عليه وسلم تعليم القرآن عوضا عن المهر فيجوز ذلك على جواز اعطاء العوض في مقابل تعليم القرآن ويقاس على ذلك بقية المقرب •

ويناقش هذا :

بأنه لا يسلم أن يكون تعليم القرآن الكريم مهرا لزوجته وما روى في هذا محمود على أن النبى صلى الله عليه وسلم زوج الرجل بلا مهر اكراما له ولعلمه بحاله •

ويجاب عن هذا :

بأن النبى صلى الله عليه وسلم ورد عنه أنه قال للرجل حين ظهر عجزه المادى : اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن (٨) •

(٧) صحيح البخارى ٩/٧ نفس الطبعة السابقة •

(٨) سنن أبى داود ٤٨٧/١ طبعة دار احياء السنة المحمدية •

وهذا الكلام يحتمل أمرين :

الأمر الأول : أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل مهر المرأة أن يعلمها الرجل ما معه من القرآن •

والأمر الثانى : هو أن الرسول صلى الله عليه وسلم زوج الرجل بلا مهر اكراما له ، ولكن الأمر الأول أولى بالقبول لأن النبى صلى الله عليه وسلم ورد عنه فى بعض الروايات أنه قال للرجل : انطلق فقد زوجتكها فعلمها من القرآن (٩) •

وفى رواية أخرى عنه أنه قال له : فعلمها عشرين آية (١٠) فدخل هذا على وجوب التعليم على الرجل وما ذلك الا لأنه مهرها ولعدم جواز النكاح بغير مهر •

أما الأثر : فمنه ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه كان يرزق المعلمين ، فقد روى عنه ابراهيم بن سعيد أنه كتب الى عماله أن أعطوا الناس على تعليم القرآن الكريم (١١) •

أما المعقول فمنه :

١ - قياس جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن على جواز أخذها على بناء المساجد والمقناطر بجامع أن كلا فرض كفاية (١٢) •

٢ - قياس الاجارة على القرب على عقد الفكاح بجامع أن كلا عقد أحد العوضين فيه منفعة فإذا جاز جعل تعليم القرآن الكريم عوضا فى عقد النكاح جاز أخذ الأجرة على تعليمه •

(٩) صحيح مسلم ١٠٤/٢ نفس الطبعة السابقة •

(١٠) سنن أبى داود ٤٨٧/١ نفس الطبعة السابقة •

(١١) نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعى ١٣٨/٤ الطبعة الأولى

• للمجلس العلمى

(١٢) المغنى لابن قدامة ٢٣١/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية •

ويناقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح إذ أن المهر في عقد النكاح ليس عوضاً محضاً وإنما وجب عطية وصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته،
وصح النكاح مع فساد التسمية في المهر •

ويجاب عن هذا :

بأن الشارع الحكيم جعل تعليم القرآن الكريم منفعة مالية لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعله صداقاً وقد دل قول الله تعالى :
« وأصل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محسنين غير مسافحين » (١٣) •

على اعتبار المالية في الصداق — وإذا كان تعليم القرآن منفعة لها قيمة في اعتبار الشارع جاز جعلها أجره فقياس الاجارة على النكاح إنما هو باعتبار أن تعليم القرآن منفعة مالية وهذا جاءه •
في الاجارة عنه في النكاح (١٤) •

واستدل القائلون بعدم جواز الاستئجار لهذه القرب بالسنة والاثار والمعقول :

أما السنة : فمنها :

١ — ما رواه أبو داود وابن ماجه بسنديهما الى عباد بن الصامت أنه قال علمت ناساً من أهل الصفة الكتابة والقرآن فأهدي الى رجل منهم قوساً فقلت ليست لي بمال ، فأرمنى عليها في سبيل الله — لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فلأسأله فأتيت فقلت يا رسول الله رجل أهدي الى قوساً ممن كنت أعلمه الكتابة والقرآن وليست لي بمال

(١٣) سورة النساء آية ٢٤ •

(١٤) الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبي ٤٩٨٩/٧ طبعة الشعب

فأرمى عليها في سبيل الله فقال ان كنت تحب أن تطوق طوقا من نار فاقبلها (١٥) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توعّد من يأخذ أجرا على تعليم القرآن بتطويقه طوقا من نار بما أخذ ولا وعيد الا على ارتكاب محرم وتقاس عليه سائر القرب التي على شاكلته •
وقد ذوّقش هذا من وجهين :

الوجه الأول : أن هذا الحديث ضعيف لأن في سنده المغيرة بن زياد وهو مستنكر الحديث وفيه أيضا الأسود بن ثعلبة وهو مجهول — وحديث هذا شأنه لا يقوى على معارضة الأحاديث الصحيحة التي ورد ذكرها في أدلة المجيزين (١٦) •

الوجه الثاني : لو سلمت صحة هذا الحديث فهو محمول على أن عبادة بن الصامت كان متبرعا بعمله هذا فليس هذا من باب الاجارة ويؤيده قول عبادة « فأهدى » فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يتوعّد أخذ العوض وانما توعّد من أبطل تبرعه واحسانه كما أن أخذ الأجرة من أهل الصفة بخصوصهم بناءة لأنهم كانوا ناسا فقراء يعيشون على ما يقدمه اليهم المحسنون من الصدقات ولا يلزم من تحريم أخذ الأجر منهم تحريمه مطلقا (١٧) •

٢ — ما رواه الامام أحمد بسنده الى عبد الرحمن بن شبل الأتصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « اقرؤوا

(١٥) سنن أبي داود ٣/٣٦٤ ط دار احياء السنة المحمدية ، سنن ابن ماجه ٢/١٢ ط المكتبة العلمية بيروت •

(١٦) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ٩/٤ ط المدينة المنورة ، نيل الأوطار للشوكاني ٥/٣٢٤ ط مصطفى البابي الحلبي
(١٧) نيل الأوطار للشوكاني ٥/٣٢٢ ط مصطفى البابي الحلبي •

القرآن ولا تغاوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به « (١٨) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن قول النبي صلى الله عليه وسلم ولا تأكلوا به دليل على عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن • وقد نوقش هذا :

بأن هذا الدليل أخص من المدعى وذلك لأن المنع من التأكل بالقرآن لا يستلزم المنع من قبول ما دفعه المتعلم بطيب نفس •
 ٣ - ما رواه الامام أحمد بسنده الى عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « اقرؤوا القرآن واسألوا الله به فان من بعدكم قوما يقرؤون القرآن يسألون به للناس » (١٩) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن قول النبي صلى الله عليه وسلم اقرؤوا القرآن واسألوا الله به ... الخ دليل على أنه ينبغي طلب الأجر من الله سبحانه وتعالى وعدم أخذه من الناس • وقد نوقش هذا :

بأنه ليس في الحديث الا تحريم السؤال بالقرآن وهو غير اتخاذ الأجر على تعليمه فالذى يعلم القرآن على أنه لله ويأخذ من المتعلم ما يدفعه اليه بغير سؤال ولا استسراة نفس فلا بأس به •

(١٨) الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد ١٥/١٢٥ طبعة دار احياء التراث العربي •

(١٩) الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد ١٥/١٢٥ طبعة دار احياء التراث العربي •

٤ - وما رواه أبو داود والامام أحمد بسنديهما الى عثمان بن أبي العاص أنه قال يا رسول الله اجعلني امام قومي قال أنت امامهم واقتد باضعفهم واتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا «(٢٠)» •

فهذا الحديث يدل دلالة صريحة على عدم جواز أخذ الأجر على الأذان ويقاس على ذلك ما في معناه من القرب كالامامة وغير ذلك •

وقد نوقش هذا :

بأن هذا الحديث ضعيف فلا يجوز الاحتجاج به •

وأجيب عن ذلك :

بأن هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة بطرق مختلفة وهذه الطرق يقوى بعضها بعضا وقال الترمذي انه حديث حسن صحيح •

أما الآثار : فمنها ما أخرجه ابن عدي في الكامل عن حماد بن زيد عن يحيى البكاء قال سمعت رجلا قال لابن عمر رضى الله عنهما انى أحبك في الله فقال له ابن عمر رضى الله عنهما وأنا أبغضك في الله قال سبحان الله أنا أحبك في الله وانت تبغضنى في الله قال نعم فانك تأخذ على أذانك أجرا «(٢١)» •

ويناقش هذا :

بأنه قول صحابى فلا يكون حجة على غيره وقد روى ما يناقض ذلك وهو أن سيدنا عمر رضى الله عنه كان يرزق المعلمين ويأمر عماله بذلك وكذلك ما روى عن أبى مخزومة انه قال فألقى على رسول الله

(٢٠) سنن أبى داود ٣٦٣/١ طبعه محمد على ، سنن الترمذي

١١/١ طبعه الحلبي والفتح الربانى للشيوخ أحمد عبد الرحمن البنبا ١٧/١

(٢١) نصب الراية لأحاديث الهداية ١٣٩/٤ الطبعة الأولى للمجلس

العلمى •

صلى الله عليه وسلم الاذان فأذنت ثم أعطاني حين قضيت التآذين
صرة فيها شيء من فضة (٢٢) •

ويجاب عن ذلك :

بأن ما أعطاه سيدنا عمر رضى الله عنه للمعلمين ما هو الا رزق
والرزق غير الأجرة لأن الرزق يكون من بيت المال أما الأجرة فهي
تكون من الأشخاص ويمكن حمل ما أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم
لأبى محذورة على انه هدية لانه لو كان أجرا لحدده قبل أداء الاذان •
ويرد على هذا :

بأن الكل يؤخذ عوضا عن قرية يقدمها الانسان لغيره فلا وجه
للتفريق بينهما هنا •

وأما المعقول : فمنه :

١ - أن النعمة في التعليم غير مقدور على تسليمها فلا تصح
الاجارة عليها • وبيان ذلك أن المعلم لا يقدر على التعليم الا بمعنى
من قبل المتعلم وهو قابليته للتعلم والمعلم لا يقدر على تسليم المعنى
الذى من جانب المتعلم •

وقد نوقش هذا :

بأنه ان أريد أن المعلم لا يستقل في التعليم بشيء أصلا فهذا
ممنوع لأن المعلم يقوم بالتلقين واللقاء وهذا مقدور على تسليمه لأنه
فعل المعلم وان أريد أن للمتعلم أيضا مدخلا في ظهور أثر التعليم
وفائدته فان المتعلم ما لم يأخذ ما ألقاه المعلم ولم يفهم ما لقنه
لم يظهر للتعليم أثر فهذا مسلم ولكن الذى يلتزمه المعلم انما هو
فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل غيره ولا مانع من أخذ الأجرة على
فعل نفسه •

٢ - أن تعليم القرآن الكريم والعلوم الدينية قربة وهى متى حصلت وقعت عن فاعلها فلا يجوز له أخذ الأجرة من غيره عليها قياسا على الصلاة والصيام عن الحى *

وقد نوقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح وذلك لأن الصلاة والصيام عن الحى لا تصح فيهما النيابة فلا يجوز الإستئجار عليهما لأنه يتوقف أصل حصولهما على النية فتكون متوقفة على صاحبها بخلاف تعليم القرآن الكريم وسائر العلوم الشرعية *

٣ - أن الاخلاص شرط في العبادة وأخذ الأجر ينافي الاخلاص *

وقد نوقش هذا :

بأنه غير مسلم لأن الاخلاص أمر باطنى لا تتعلق به الأحكام الشرعية وهو من باب الحكمة وشأن الشرع أن يضيف الأحكام الى المالك لكونها منضبطة بخلاف الحكمة *

الراى المختار :

وبعد فاننى أرى أنه يجوز أخذ الأجرة على القيام بفروض الكفاية لما ذكر عن أدلة يضاهى الى ذلك أن الأخذ بهذا الراى فيه مصلحة لأن الناس قد تهاونوا وانشغلوا عن الأمور الدينية واعرضوا عن تقديم ذلك النوع من التعليم حسبة لله عز وجل ولانشغالهم بالسعى على معاشهم فلو لم يعطوا أجرا لظلوا على اعراضهم فيقل تعليم القرآن الكريم والعلوم الدينية وإقامة فروض الكفاية الأخرى وبذلك يشيع الجهل بالدين بين الناس ويأثمون بترك فروض الكفاية وفى ذلك بلاء وشر مستطير يلحق هذه الأمة *

والله أعلم

الخاتمة

اللهم ارزقنا حسنها

في أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث وهي :

- ١ - وصول ثواب الدعاء والصدقة الى الموتى .
- ٢ - ان أوصى الميت قبل موته بشيء من القرب فقام الورثة بتنفيذها وصل ذلك اليه .
- ٣ - وصول ثواب النوافل وقراءة القرآن وجميع القرب التي يهدي ثوابها الى الموتى .
- ٤ - ان مقدم هذه القربات لا يحرم من الثواب بك ثوابه عظيم .
- ٥ - يجوز البكاء على الميت قبل دفنه ويعذه بشرط ألا يصحب البكاء نوحا أو جزعا ولا يعذب الميت بذلك ولكن يعذب أن أوصى بذلك أو صحب البكاء نوحا وجزعا ولطما للخدود وما الى ذلك من أفعال الجاهلية .
- ٦ - زيارة القبور مستحبة للرجال والنساء على حد سواء مادامت خالية من الأفعال المنهى عنها شرعا ومستجمة لأحكام الزيارة .
- ٧ - أن الموتى يسمعون كلام الأحياء وهم يتكلمون في قبورهم وينعمون ويعذبون .
- ٨ - ان الاجارة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع .
- ٩ - ان العبادات والقربات المالية المحضة من الزكاة وذبح الأنضحية والمهدى وما الى ذلك من أنواع القربات المالية يصح الاستئجار عليها .

- ١٠ - لا يجوز للحى أن يستأجر من يؤدى عنه الصلاة أو الصيام
- ١١ - لا يجوز الاستئجار للصلاة عن الميت سواء كانت الصلاة التى فاتته فرضاً أو نفلاً •
- ١٢ - انه يجوز الاستئجار للصيام عن الميت ان كان الصيام صيام نذر ولا يجوز ان كان الصيام صيام فريضة •
- ١٣ - ان الشخص الصحيح القادر على السفر الى الحج ليس له أن يستأجر غيره فى الحج الواجب المفروض عليه •
- ١٤ - ان الاستئجار على الحج بالنسبة للعاجز عنه والميت جائز سواء أوصى بذلك أو لم يوص •
- ١٥ - يجوز الاستئجار على القرب التى لا تتعلق بعين المكلف كالامامة والاذان وتعليم القرآن الكريم وسائر العلوم الدينية وما الى ذلك من فروض الكفاية التى لا يتوقف أصل حصولها على نية •

والله اعلم

مراجع البحث

مراجع اللغة :

١ - القاموس المحيط للفيروزآبادى •

٢ - لسان العرب لابن منظور •

مراجع القرآن والتفسير :

١ - القرآن الكريم •

٢ - تفسير الفخر الرازى طبعة دار الفكر بيروت •

٣ - الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبي طبعة دار الشعب •

٤ - روح المعانى للإمام الألوسى طبعة المطبعة المنيرية بالقاهرة •

مراجع الحديث :

١ - الترغيب والترهيب للحافظ المنذرى طبعة مطبعة السعادة •

٢ - تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير طبعة المدينة المنورة •

٣ - سنن ابن ماجه طبعة دار احياء الكتب العربية •

٤ - سنن البيهقى طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية •

٥ - سنن أبى داود طبعة مصطفى الحلبي •

٦ - سنن الترمذى ط مصطفى الحلبي •

٧ - سنن النسائي ط المطبعة العلمية بيروت •

٨ - صحيح البخارى طبعة دار الشعب •

٩ - صحيح مسلم ط عيسى الحلبي •

١٠ - زاد المعاد فى هدى خير العباد تحقيق شعيب الارنؤط ط مؤسسه الرسالة •

١١ - شرح معانى الآثار للطحاوى ط دار المعرفة بيروت •

١٢ - نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعى الطبعة الأولى للمجلس العلمى •

١٣ - نيل الأوطار للشوكانى طبعة مصطفى البابي الحلبي •

مراجع الفقه واصوله :

الفقه الحنفى :

- ١ - الاختيار لتعليل المختار للدوصل طبعة مصطفى الحلبي .
- ٢ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق طبعة دار الكتب المصرية .
- ٣ - بدائع الصنائع للكاسانى طبعة الامام ، البعاصمة .
- ٤ - رد المختار على الدر المختار لابن عابدين طبعة دار احياء التراث العربى .
- ٥ - فتح القدير للكمال بن الهمام طبعة الحلبي .
- ٦ - مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر طبعة سنة ١٣٢٧هـ .
- ٧ - مراقى الفلاح شرح نور الايضاح للشرنبلالى طبعة الحلبي .
- ٨ - العناية شرح الهداية للعيني ط دار الفكر .

مراجع المالكية :

- ١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد طبعة الحلبي .
- ٢ - بلغة السالك لأقرب المسالك طبعة المطبعة العامة .
- ٣ - جواهر الاكليل لصالح الأزهرى طبعة الحلبي .
- ٤ - حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير للإمام الدردير طبعة الحلبي .
- ٥ - مواهب الجليل للحطاب طبعة مكتبة النجاح بليبيا .

مراجع الشافعية :

- ١ - المجموع شرح المذهب للإمام النووى طبعة العاصمة .
- ٢ - الفتاوى لابن حجر ط الحلبي .
- ٣ - قليوب وعميرة شرح المنهاج للبحلي طبعة الحلبي .
- ٤ - مقبى المحتاج شرح المنهاج للخطيب الشربيني طبعة الحلبي .
- ٥ - المذهب للشيرازى طبعة الحلبي .
- ٦ - نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملى طبعة الحلبي .

مراجع الحنابلة :

- ١ - كشاف القناع للبهوتى طبعة مكتبة النصر الحديثة .
- ٢ - المبدع شرح المنع لابن مفلح المؤرخ الحنبلي طبعة المكتب الاسلاميه .
- ٣ - المغنى لابن قدامة المقدسى طبعة - القاهرة - ومكتبة ابن تيمية .

٤ - مجموع فتاوى ابن تيمية طبعة مكتبة ابن تيمية •

مراجع الظاهرية :

١ - المحلى لابن حزم الظاهري طبعة المكتب التجارى للطباعة والنشر •

مراجع الإمامية :

١ - اللمعة الدمشقية طبعة منشورات جامعة النجف الدينية •

٢ - تحرير الاحكام طبعة القاهرة •

مراجع الزيدية :

١١ - شرح الأزمهر طبعة حجازى بالقاهرة •

الاصول :

١ - الموافقات للامام الشاطبى طبعة دار المعرفة بيروت •

مراجع اخرى :

١ - التذكرة فى احوال الموتى وامور الآخرة للقرطبى طبعة مكتبة التوفيقية •

٢ - حقيقة التوسل والوسيلة للشيخ موسى محمد على ط دار التراث العربى •

٣ - الرد المحكم المتين على كتاب القول المبين لأبى الفضل عبد الله الغمارى طبعة مكتبة القاهرة •

٤ - الروح لابن القيم طبعة مكتبة المدنى •

٥ - فتاوى ابن الصلاح •

٦ - الفرة المنيفة فى تحقيق الامام أبى حنيفة ط مؤسسة السكتة الثقافية •

٧ - الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية لمحمد العربى القروى ط دار القلم •

٨ - اختلاف الحديث للامام الثمافى ط دار الكتب العلمية •

إحياء الأراضى الموات غير المملوكة للأفراد في الفقه الاسلامي

الدكتور سعد محمد حسن أبو عبدة

مدرس بقسم الفقه العام بالكلية

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والعاقبة للمتقين ، ولا عدوان الا على
الظالمين ، وأصلى وأسلم على خاتم الأنبياء والمرسلين ، سيدنا محمد
وعلى آله وصحبه أجمعين •

وبعد

فان الاسلام حث على طلب الرزق وتنمية الأموال ، ورغب فيها ،
بك وأمر بها في محكم كتابه ، وعلى لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ،
فقال عز وجل : « هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها
وكلوا من رزقه واليه النشور » (١) ويقول سبحانه وتعالى : « فاذا
قضيت الصلاة فاننشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله واذكروا الله
كثيرا لعلمكم تغفلون » (٢) وقال جل شأنه : « يا أيها الناس كلوا مما
في الأرض حلالا طيبا » (٣) وقد روى عن أبي هريرة — رضى الله عنه —
انه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان الله طيب لا يقبل
الا طيبا ، وان الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين ، فقال : « يا أيها

(١) الآية رقم ١٥ من سورة الملك •

(٢) الآية رقم ١٠ من سورة الجمعة •

(٣) من الآية رقم ١٦٨ من سورة البقرة •

الرسول كلوا من الطيبات واعملوا صالحا أتى بما تعملون عليم» (٤) وقال : « يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم » (٥) ٥٠٠ الحديث (٦) •

وعن أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « طلب الحلال واجب على كل مسلم » (٧) وعن جابر — رضى الله عنه — قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما من مسلم يغرس غرسا الا كان ما أكل منه له صدقة ، وما سرق منه صدقة ، ولا يزرؤه أحد الا كان له صدقة » (٨) ، ولهذا حث الشارع الحكيم على استصلاح الأراضي واعدادها للزروع أو الغرس أو البناء أو غير ذلك ، لأن الأرض مصدر كل خير ومنبع كل نفع ، ولهذا حث النبي صلى الله عليه وسلم على احياء الأراضي الموات وعمارتها والاستفادة بخيراتها ، فقال عليه الصلاة والسلام : « من أحيأ أرضا ميتة فهي له فيها أجر وما أكلت العافية » (٩) منها فهو له منها صدقة » (١٠) •

وهذا يدل على مدى اهتمام المشرع الحكيم بهذا الجزء من الثروة.

(٤) الآية ٥١ من سورة المؤمنون •

(٥) من الآية رقم ١٧٢ •

(٦) سنن الترمذى (باب ومن سورة البقرة) ٢٢٠/٥ طبعة :

مصطفى الحلبي بمصر •

(٧) الجامع الصغير للسيوطى ٧٥/٢ ، الطبعة الخامسة ، مطبعة :

مصطفى الحلبي بمصر •

(٨) صحيح مسلم ٦٧٨/١ مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •

(٩) العوافى جمع عافية ، وهي كل ما يعتاف الأرض المحياة ويأكل :

خيرها من انسان أو حيوان أو طير أو سبع •

(١٠) سنن الترمذى (باب من أحيأ أرضا ميتة فهي له) ٢٦٧/٢ •

نسخ دار احياء السنة النبوية •

وضرورة العمل على أن يظل حيا دائما متجدد الحياة ، لأن الموت غير محبوب طبيعيا وعادة ، وما هو غير محبوب يجب الابتعاد عنه ، لأن حياتها حياة للإنسان ولبقية الكائنات التي تعيش على ما تخرجه الأرض • لهذا عنى الفقه الاسلامي عناية فائقة باستغلال الأراضي ظاهرها وباطنها •

المبحث الأول

تعريف الأرض الموات

أولاً : تعريف الأرض الموات في اللغة :

جاء في لسان العرب : « الموات : الأرض التي لم تزرع ولم تعمر ولا يجري عليها ملك أحد » (١) • وجاء في المصباح المنير : « الموات الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد » (٢) •

ثانياً : تعريف الأرض الموات عند الفقهاء :

وقد ذكر الفقهاء للأرض الموات تعريفات كثيرة بعضها يجعل العطلة عن الانتفاع بالأرض حداً للموات بصرف النظر عن كون الأرض قريبة من العمر أو بعيدة عنه ، فهؤلاء ينظرون إلى الأرض الموات باعتبار ماهيتها وحقيقتها ، فكل ما كان من الأرض معطلا لا حياة ولا استعداد فيه فعلا على الانتاج فهو موات والا فهو عامر •

والبعض الآخر جعل موقع الأرض في الأصل هو المعيار في إطلاق اسم الموات عليها ، ولذلك فقد تكون بعض المواقع مواتاً في حقيقتها ولكنها

(١) لسان العرب لابن منظور مادة (موت) ٤٢٩٦/٦ طبعه دار المعارف •

(٢) المصباح المنير ٥٨٤/٢ المكتبة العلمية بيروت - لبنان •

لا تعتبر كذلك عند الفقهاء • ومن ثم فيمكن تقسيم هذه التعاريف الى قسمين :

١ - تعريفات القسم الاول :

(أ) تعريف الأرض الموات عند الأحناف :

عرف فقهاء الأحناف الأرض الموات بأكثر من تعريف نذكر منها :

١ - « الموات ما لا ينتفع به من الأرض لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة » (٣) •

٢ - كما عرفها صاحب كنز الدقائق بقوله : « هي أرض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبة عليها غير مملوكة بعيدة عن العامر » (٤) •

(ب) تعريف الأرض الموات عند المالكية :

كما عرف فقهاء المالكية الأرض الموات بتعريفات كثيرة نذكر منها :

١ - عرفها الشيخ الصاوي بقوله : « الموات هو الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها » (٥) •

(٣) البناية في شرح الهداية ٩/٤١٧ ، ٤١٨ ، دار الفكر •

(٤) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/٣٤ ، دار المعرفة للطباعة

والنشر بيروت - لبنان •

(٥) بلفظ السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ٣/١٨٤ •

دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبي) •

٢ - وعرفها الحطاب بقوله : « الموات : الأرض التي ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها » (٦) •

(ج) تعريف الأرض الموات عند الشافعية :

جاء في الإقناع : « الموات الأرض التي لا ملك لها ولا ينتفع بها أحد ، وقيل : هو الذي لم يكن عامرا ولا حريما لعامر قرب من العامر أو بعد » (٧) •

(د) تعريف أرض الموات عند الحنابلة :

وقد عرفها فقهاء الحنابلة بتعريفات نذكر منها :

١ - عرفها الأزهري : « بأنها الأرض التي ليس لها مالك ، ولا بها ماء ، ولا عمارة ، ولا ينتفع بها » (٨) •

٢ - وعرفها صاحب الكافي بقوله : « الأرض الدائرة التي لا يعرف لها مالك » (٩) •

(هـ) تعريف الأرض الموات عند الامامية :

عرف فقهاء الامامية الأرض الموات بأكثر من تعريف نذكر منها :

(٦) مواهب لشرح مختصر خليل ٢/٦ ، الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م ، دار الفكر •

(٧) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٧٨/٢ ، دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبي) •

(٨) المبدع في شرح القنق ٢٤٨/٥ ، المكتب الاسلامي •

(٩) الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل ٣٤٥/٢ ، الطبعة الرابعة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، المكتب الاسلامي •

١- « هي التي لا يملكها أحد ، ولم يتعلق بها حق لأحد ، ولا ينتفع بها أحد ، لعدم وصول الماء إليها ، أو لغلبة وفيضانه عليها أو لسوء تربتها ، أو لما فيها من العوائق كالأحجار والصخور والأشواك وما إلى ذلك مما يحول دون الانتفاع بها » (١٠) •

٢- وقيل : « الموات : هو القدر الذي لا ينتفع به لعطلته ، أما لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيغامه (١١) أو غير ذلك من موانع الانتفاع » (١٢) •

٢- تعريفات القسم الثاني :

أما أبرز التعريفات التي تمثل القسم الثاني فهي التعريفات المنسوبة إلى فقهاء الحنفية بشكل خاص ، يقول صاحب البدائع عند تفسيره لأرض الموات : « فالأرض الموات هي أرض خارج البلد لم تكن ملكاً لأحد ، ولا حقاً له خاصاً ، فلا يكون داخل البلد موات أصلاً » (١٣) ويقول السرخسي : « وأصح ما قيل في حد الموات أن يقف الرجل في طرف العمران فينادي بأعلى صوته فإن أي موضع ينتهي صوته يكون من فناء العمران ، لأن سكان ذلك الموضع يحتاجون إلى ذلك لرعى

(١٠) فقه الامام جعفر الصادق ٤٦/٥ ، دار مكتبة الهلال بيروت.

— لبنان •

(١١) الاستيغام : أن يكون كثير القصب ، أو ما إليه مما يمنع من

الانتفاع بالأرض ، انظر فقه الامام جعفر الصادق ٤٦/٥ •

(١٢) شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجفري ١٦٨/٢ ،

منشورات دار مكتبة الحياة بيروت — لبنان ١٩٧٨ م •

(١٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٣٨٥١/٨ ، الناشر ذكرى

علي يوسف ، مطبعة القاهرة بمصر •

المواشي وما أشبه ذلك» (١٤) . وروى عن أبي يوسف — رحمه الله — عند وصفه لأرض الموات قوله : « أرض الموات بقعة أو وقف على أدناها لمن العامر رجل فنادى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر » (١٥) ويقول الطحاوي : « وما قرب من العامر فليس بموات » (١٦) وجاء في المادة ١٢٧٠ من مجلة الأحكام العدلية : « هي الأرض التي ليست ملكا لأحد ولا هي مرعى ولا محتطبا لقصبته أو لقرية بعيدة عن أقصى العمران ... بمعنى أن جهير الصوت لا يسمع من أقصى الدور التي في طرف تلك القصة أو القرية » (١٧) .

ولو أننا دققنا النظر جيدا فيما ذكره الفقهاء في تعريف أرض الموات لوجدنا أن ما ذكره الفقهاء في تعريف أرض الموات في القسم الأول يجعل أرض الموات قاصرا على العطلة عن الانتفاع ، ومع ذلك نرى كثيرا من المواضع معطلة فعلا عن الانتفاع ومع ذلك لا تعتبر في أعداد الأرض الموات ، كالأراضي المحمية غير المستعملة وبعض الأراضي المعدنية ونظائرها .

أما تعريف الفقهاء لأرض الموات في القسم الثاني فانهم يقصرون أرض الموات على الأراضي التي تكون بعيدة عن العمران ، بالإضافة إلى أنها ليست ملكا لأحد ، وهذه كلها شروط .

ويمكن أن نستخرج مما ذكره الفقهاء من تعريفات لأرض الموات تعريفا متضمنا لما ذكره الفقهاء في تعريف أرض الموات ، فأقول وبالله

(١٤) المبسوط ١٦٦/٢٣ ، الطبعة الثالثة ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت — لبنان .

(١٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٣٨٥١/٨ .

(١٦) البناية في شرح الهداية ٤٩٨/٩ .

(١٧) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٢٧٠ .

التوثيق : « الموات : هو الأرض المغفلة عن الانتفاع والمجردة عن الحقوق والاختصاصات ، مع عدم استبعادها فعلا للانتاج والاثمار »

المبحث الثاني

تعريف احياء أرض الموات

أولاً : تعريف الاحياء في اللغة :

المراد بالاحياء في اللغة جعل الشيء حياً ، أى ذا قوة حساسة أو نامية بعد أن كان متجرداً منها ، وينطبق هذا المعنى على الأرض حيث يتم نقل الأرض الموات من هذه الحالة الى حالة الخصب والثماء ، وهذا من قبيل المجاز لأن حقيقة الحياة هي نقيض الموت (١) .
جاء في لسان العرب : « الحى من كل شيء نقيض الموات ، والمجنح احياء ، وأرض حية مخصبة ، وأحيينا الأرض وجدناها حية النباتات غضة » (٢) .

(١) يقول الشيخ البيهقي : المراد باحياء الموات عمارة الأرض الميئة ، فشبهوا عمارة الأرض الميئة بالاحياء الذى هو ادخال الروح في الجسد بجامع النفع في كل ، واستعاروا الاحياء من المشبه به للمشبه على طريق الاستعارة التصريحية الأصلية ، أو شبهوا الأرض الميئة بالميت بجامع عدم النفع في كل وحذفوا لفظ المشبه به ورمزوا اليه بشيء من لوازمه وهو الاحياء على طريق الاستعارة بالكناية وذكر الاحياء تخييل وهو قرينة الكناية : انظر حاشية البيهقي ٢/٣٧ ، ٣٨ ، الطبعة الخامسة ، المطبعة الكبرى ببغداد بمصر ١٣٠٧ هـ .

(٢) لسان العرب مادة (حيا) ١٠٧٦/٢ ، وانظر أساس البلاغة للزمخشري ص ١٥٠ أساس البلاغة دار صادر بيروت ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥ م مختار الصحاح المطبعة الاميرية بالقاهرة بمصر ١٣٣٨ هـ - ١٨٢٠ م ، تاج العروس الطبعة الاولى ١٣٠٦ هـ المطبعة الخيرية بمصر ، القناموس المحيط ، مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع بمصر ، ومحتاج الصحاح ص ١٦٦ .

وجاء في تاج العروس : « والحياء من كل شيء ضد الميت ، ومنه
 هوله تعالى : « وما يستوى الأحياء ولا الأموات ، وأرض حية مخصصة
 وأحيينا الأرض ، وجدناها خصبة غضة النبات » (٣) .

ثانيا : تعريف الأحياء في الاصطلاح :

أما الأحياء في اصطلاح الفقهاء فهو عبارة عن عملية مرحلية يراد
 بها بحث النشاط والحياة في الأراضي المجدبة الميتة وإعدادها للقيام
 بمهمتها الأصلية وهي الانتاج ، فالأحياء إذن تهية الأرض وإعدادها
 لعملية الانتاج .

يقول الطحطاوى في حاشيته : « المراد بالأحياء جعل الأرض
 صالحة لاثماء الزرع بعد أن لم تكن كذلك ، لأن أحياء كل شيء بما
 يليق به » (٤) .

وعرفه ابن عرفة بقوله : « الأحياء لقب لتعمير دائر الأرض
 بما يقتضى عدم انصراف العمر انتفاعه بها » (٥) . ويقول الشيخ
 البيهقورى : « المراد بأحياء الموات عمارة الأرض الميتة » (٦) ويقول
 الشوكانى : « الأحياء أن يعمد شخص إلى أرض لم يتقدم ملك عليها
 لأحد فيحييها بالنسقى أو الزرع أو الغرس أو البناء » (٧) .

(٣) تاج العروس فصل الحاء باب الواو والياء ١٠/١٠٥ ، وانظر
 القاموس المحيط فصل الحاء باب الواو والياء ٤/٣٢١ ، ٣٢٢ ومجمل
 اللغة ١/٢٥٨ مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع .

(٤) حاشية الطحطاوى على الدر المختار ٤/٢١٤ ، طبعة بولات
 بصر ١٢٨٢ هـ .

(٥) حاشية البناني بهامش شرح الزرقانى على مختصر خليل ٧/٦٤
 دار الفكر بيروت - لبنان ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .

(٦) حاشية البيهقورى ٢/٣٧ .

(٧) نيل الموطار ٥/٣٠٣ ، الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ ، المطبعة العثمانية
 المصرية .

المبحث الثالث

حكم احياء الأرض الموت

احياء الأرض الموت جائز (١) • والدليل على جوازه ما روى عن جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيى أرضاً ميتة فله فيها أجر وما أكله العوافى منها فهو له صدقه (٢) » ، يقول الشيخ سليمان البيجرمي تعقيباً على هذا الحديث « فهو له صدقة أى يثاب عليه كثواب الصالحة وان كان فى مقابلة عملهم ولا يتوقف ذلك على نية » بل يثاب على ذلك ولو لم ينو وكان ذلك لغرض نفسه ، لأن الأحياء سنة ، وما كان واجباً أو سنة لا يتوقف حصول الثواب فيه على

(١) جاء فى مجمع الأنهر : ومشروعيته - أى مشروعية إحياء الأرض الموت - بقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيى أرضاً ميتة فهي له » مجمع الأنهر ٥٥٧/٢ ، دار الطباعة العامة ١٣١٩ هـ .

ويقول لأخطاب ضمن حديثه عن إحياء الأرض الموت : « وحكمه جائز وهى سبب الملك » مواهب الجليل ٢/٦ ، وجاء فى تكملة المجموع : « يستحب إحياء الموت » تكملة المجموع ٤٥٦/١٤ ، تكملة المجموع ، الناشر زكريا على يوسف ، مطبعة القاهرة بمصر .

ويقول صاحب الكفاي : « ويجوز الأحياء من كل من يملك المال » الكفاي فى فقه الإمام أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ .

(٢) مختصر سنن أبى داود ٣٦٥/٤ ، والموافي طآب الرزق من الناس والحيوانات والطيور وكل حى يناله نفع من هذا الإصلاح ، نهاية المحتاج ٣٣١/٥ وحاشية الشبراسلى عليه •

وقال أبو عبيد : العافية من السباع والطين والناس وكل شئ يعتاقه ، الأموال ص ٣٦٢ مختصر سنن أبى داود ، مطبعة السنة المحمدية نهاية المحتاج ، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م ، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •

نية « (٣) • وقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » (٤) • وقد أجمع الفقهاء (٥) على جواز إحياء الأرض الموات •

الفصل الأول

شروط إحياء أرض الموات

ويتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

أذن الإمام في إحياء أرض الموات

اختلف الفقهاء في إحياء أرض الموات التي ليست ملكاً لأحد ، وفي نفس الوقت غير منتفع بها بآئى وجه من وجوه الانتفاع ، هل يتوقف إحياء هذه الأراضي وتعميرها على صدور إذن من الإمام أم لا ؟ على ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

أن إحياء الأراضي الموات التي ليست ملكاً لأحد ، وغير منتفع بها بآى وجه من وجوه الانتفاع لا يتوقف إحيائها وتعميرها على صدور إذن من الإمام ، بل يجوز لأي فرد إحياء هذه الأراضي وتعميرها ولو أم.

(٣) حاشية البجيرمي ٢٠٩/٣ ، مطبعة بولاق بمصر ١٢٩٢ هـ سنن

الترمذي الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •

(٤) سنن الترمذي ٦٥٥/٣ ، ومسنن الإمام أحمد بن حنبل ٣٣٨/٣ ، ٣٥١ ، ٣٨١ ، دار الفكر العربي •

(٥) منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمي ٢٠٩/٣ ، والمفنى

لابن قدامة ١٤٧/٦ ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان •

بإذن الامام سواء كانت هذه الأراضي قريبة من العمران أم بعيدة عنها وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من الجنتية (١) ، وبعض فقهاء المالكية (٢) ، ورأى عند الشافعية (٣) ، والحنابلة (٤) ، والظاهرية (٥) ، وبعض فقهاء الزيدية (٦) ، والامامية في حالة غياب الامام (٧) .

لبقة الرأي الاول :

وقد استدلل أصحاب هذا الرأي على جواز احياء الأرض الموات التي ليست ملكا لأحد وغير مفتنع بها بأي وجه من الوجوه بدون اذن الامام بما يأتي :

(١) يقول السرخسي : « وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - لاجابة فيه الى اذن الامام ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد اذن في ذلك وملكها ممن احياءها » المبسوط ١٦٧/٢٣ وانظر بدائع الصنائع ٢٨٣٥/١٠ (٢) « وقال أشهب وكثير من أصحابنا وغيرهم يحيها من شاء بغير اذنه قاله سحنون » شرح الزرقاني على الموطأ ٢٩/٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع واستحب أشهب اذن الامام لئلا يكون فيه ضرر على أحد ، انظر المرجع السابق .

(٣) وجاء في تكملة المجموع : « ويجوز ذلك من غير اذن الامام للخير » تكملة المجموع ٤٥٦/١٤ لكن يستحب اذن الامام خروجاً من الخلاف ، انظر مغني المحتاج ٣٦١/٢ ، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م .

(٤) ويقول صاحب الكافي : « ولا يفتقر الى اذن الامام للخير » الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٥/٢ .

(٥) يقول ابن حزم : « كل أرض لا مالك لها ولا يعرف أنها عمرة في الإسلام فهي لمن سبق إليها وأحيائها سواء بإذن الامام قبل ذلك أو بغير اذنه ، لا اذن في ذلك للامام ولا للأمر » انظر المحلى لابن حزم ٢٣٣/٨ خاتر الأفاق الجديدة بيروت - لبنان .

(٦) البحر الزخار ٧١/٤ مؤسسة الرسالة بيروت - لبنان .

(٧) شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجفري ١٦٧/٢ .

أولا : ما روى عن سعيد بن زيد - رضى الله عنهما - عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » (٨) •

ثانيا : ما روى عن أم المؤمنين عائشة - رضى الله عنها - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أضر أرضا ليست لأحد فهو أحق » (٩) •

ثالثا : ما روى عن جابر بن عبد الله - رضى الله عنه - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيا أرضا ميتة له فيها أجر وما أكلت العافية منها فهو له منها صدقة » (١٠) •

رابعا : ما روى عن فضالة بن عبيد قال : قال رسول الله صلى الله

(٨) سنن أبي داود (باب فى احياء الموات) ١٧٤/٢ ، وسنن الترمذى (باب ما ذكر فى احياء ارض الموات) ٦٥٣/٣ ، سنن أبى داود ، الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ، الموطن ، دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبي) والموطن (باب القضاء فى عبارات الموات) ٧٤٣/٢ ، والعرق الظالم : أن يفرس الرجل فى أرض غيره فيستحقها بذلك • وقال مالك : والعرق الظالم كل ما أخذ أو احتقر أو غرس بغير حق • سنن أبى داود ١٧٥/٢ ، والموطن ٧٤٣/٢ وقيل للعرق الظالم : الغاصب الذى يأخذ ما ليس له • سنن الترمذى ٦٥٤/٣ • وقال القاضى عياض : أصل العرق الظالم قهر الفرس يفرسه فى الأرض غير ربهما ليستوجبها به ، شرح الزرقاني على الموطن ٢٩/٤ •

(٩) صحيح البخارى (باب من أحيا أرضا مواتا) ١٤٠/٣ • دار الشعب ، قال عروة : قضى به عمر فى خلافته • انظر المرجع السابق • (١٠) سنن الداريمى (باب من أحيا أرضا ميتة فهي له) ٣٦٧/٢ • نشر دار احياء السنة النبوية •

عليه وسلم : « الأرض لله والعباد لله من أحياء أرضاً ومواتاً فهي له » (١١) •

خامساً : ما روى عن عروة قال : « أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الأرض أرض الله والعباد عباد الله ، ومن أحياء مواتاً فهو أحق به ، جاءنا بهذا عن النبي صلى الله عليه وسلم الذين جاءوا بالصلوات عنه » (١٢) •

وجه الاستدلال :

أن هذه الأحاديث جاءت مطلقة لم تقيد أحياء الأرض الموات بأذن الامام أو عدم أخذه ، والمطلق يجري على إطلاقه ، وبناء على هذا فإن أحياء الأرض الموات واستصلاحها يجوز لأي شخص القيام به مادامت هذه الأراضي ليست ملكاً لأحد ولا ينتفع بها بأي وجه من الوجوه سواء أذن الامام في ذلك أم لا ، ويكفي إذن النبي صلى الله عليه وسلم •

يقول صاحب روضة الطالبين بعد ذكر هذه الأحاديث : « ويكفي فيه إذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الأحاديث المشهورة » (١٣) •

سادساً : القياس :

واستدل صاحب هذا الرأي بالاضافة الى الأحاديث السابقة

(١١) نصب الراية ٢٩٠/٤ الطبعة الأولى ١٣٥٧ • المطبعة العثمانية المصرية •

(١٢) سنن أبي داود (باب في أحياء الموات) ١٧٥/٢ • الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م مطبعة مصطفى الحلبي •

(١٣) روضة الطالبين ٢٧٨/٥ طبع ونشر المكتب الاسلامي ومغنى المحتاج ٣٦١/٢ •

بالتفقياس على الماء والجميد والكلا وغير ذلك من أنواع المباحات، وقالوا :
 أن الأراضي الموات مباحة للجميع فمن قام بأحيائها وتعميرها بغير إذن
 الإمام فهم أبق بها من غيره قياسا على الصيد والكلا والماء والاحتطاب
 حيث تكون هذه الأشياء حقا لمن يستولى عليها دون حاجة الى إذن
 الامام ، وهذا شأن المباح فمن سبق اليه فهو أحق به سواء أذن الامام
 في ذلك أم لم يأذن (١٤) •

وقد استدل ابن حزم بالاضافة الى الأدلة المتقدمة بما روى عن
 سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال : كان عمر بن الخطاب يخطب على
 هذا المنبر يقول : يا أيها الناس من أحيأ أرضا ميتة فهي له ، وجاء
 أيضا عن علي ، فهذا بحضرة الصحابة علانية لا ينكره أحد منهم (١٥) •

مناقشة أدلة الرأي الأول :

هذا وقد اعترض بعض فقهاء الحنفية على الأحاديث التي استدل
 بها أصحاب هذا الرأي والقائلين بعدم توقف احياء الأراضي الموات
 على إذن الامام بما يأتي •

(١٤) يقول صاحب البائع : « ولأنه مباح استولى عليه فيملكه
 بدون إذن الامام كما لو أخذ صيدا أو حش كلاً » بدائع الصنائع ٢٨٥٢/٨
 ويقول صاحب معنى المحتاج : « ولأنه مباح كالاحتطاب والاصطياد
 لكن يستحب استئذانه خروجا من الخلاف » معنى المحتاج ٣٦١/٢ •
 ويقول صاحب الكافي : « ولأنه تملك مباح فلم يفتقر الى إذن
 كالصيد » الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ •
 ويقول صاحب سبل السلام بعد أن ذكر حديث عائشة - رضى الله
 عنها : ودليل الجمهور هذا الحديث والقياس على مياه البحر والنهر
 وما صيد من طير وحيوان ، وأنهم اتفقوا على أنه لا يشترط فيه إذن الإمام •
 مبطل السيلا ٨٢/٣ ، الطبيعة الراجحية ١٢٧٩ ج ١ - ١٩٦٥ م مطبعة
 مصطفى الحلبي •

(١٥) المحل لابن حزم ٢٣٦/٨ •

أولاً : أن هذه الأحاديث إنما كانت أذناً من الرسول صلى الله عليه وسلم لأئمة معينين وليست تشريعاً عاماً ، ومن حق الإمام أن يأذن لأئمة بأحياء الأراضى الموات وتملكها ولا يأذن لغيرهم ، ومن حقه أيضاً عدم الأذن في أحيائها لأحد إذا رأى المصلحة في عدم أحيائها ، ومثل هذا قوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلاً فله سلبه » (١٦) فهذا كان أذناً منه صلى الله عليه وسلم خاصة ببعض المقاتلين وليس تشريعاً عاماً ، بل لتحريض بعض المقاتلين على القتال ، حتى لو قتل الغازي في زماننا لا يكون السلب له إلا أن يأذن له الإمام فذلك هنا (١٧) فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » من هذا القبيل (١٨) .

ثانياً : أن هذه الأحاديث إنما هي لبيان السبب في تملك هذا الذوع من الأراضى بمعنى أن قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » وغيره من الأحاديث التي استدل بها الرأي الأول يدل على أن سبب تملك الأراضى الميتة هو أحيائها وتعميرها بعد إذن الإمام ، فإذا كان شرط في التملك ، والأحياء سبب فيه ، وليس في الفاظ هذه الأحاديث ما ينفي هذا الشرط (١٩) . بل أن قوله صلى الله عليه وسلم : « وليس لعرق ظالم حق » ما يدل على اشتراط إذن الإمام

(١٦) فتح الباري بشرح صحيح البخاري (باب من لم يخمس الأسلاب) ٢٤٧/٦ طبعة دار المعرفة - بيروت .

(١٧) البناءة في شرح الهداية ٤٢٥/٩ ، وشرح العناية على الهداية

٧٠/١٠ ، الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م طبع مصطفى الحلبي .

(١٨) شرح العناية على الهداية ٧٠/١٠ .

(١٩) المرجع السابق .

في أحياء أرض الموات وتملكها ، لأن السبق على رأى الامام واتخذ بطريق التغليب في معنى عرق ظلّم فينبغى أن يشترط (٢٠) .

الرأى الثانى :

أن أحياء الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها بأى وجه من الوجوه لا يجوز أحيائها وتعميرها الا بأذن من الامام ، فمن أحيأ أرضا مواتا فهى له اذا أجازها الامام ، ومن أحيأها بغير اذن الامام فليس له ، وللامام أن يخرجها من يده ويصنع فيها ما يراه من الاجارة والاقطاع وغير ذلك . وإلى هذا ذهب الامام أبو حنيفة (٢١) — رضى الله عنه — كما ذهب الى ذلك أيضا مكحول وابن المسيب وابن سيرين والنخعى (٢٢) .

أدلة الرأى الثانى :

استدل الامام أبو حنيفة على رأيه بالأدلة الآتية :

أولا : ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه » (٢٣) .

فهذا الحديث يدل على أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ شيئا دون أن.

(٢٠) البناية فى شرح الهداية ٤٢٤/٩ ، والمبسوط ١٦٧/٢٣ .

(٢١) يقول صاحب الينابيع : « فالملك فهو الموات يثبت بالأحياء بأذن الامام عند ابن حنيفة » ، بناهج الصنائع ٢٨٥٢/٨ ، والمبسوط . ١٦٧/٢٣ .

(٢٢) عمدة القارىء للعيني ١٧٦/١٢ طبعة دار الطباعة المنيرة .

(٢٣) كنوز الحقائق فى حديث الخلاق ٨٠/٢ مطبوع بأسفل الجامع الصغير ، الطبعة الخامسة مطبعة مصطفى الحلبي بمصر .

تطيب نفس الامام ، وهو لا يكون الا باذنه ، فاذا لم يأذن الامام فلم تطب نفسه به فلا يكون له (٢٤) • وينطبق هذا على احياء أرض الموات ، فلا تطيب نفس الامام باحياء الأرض الا باذنه ، فاذا أذن الامام لشخص باحياء أرض وتعميرها فقد طابت نفس الامام ويتملك الشخص حينئذ ما قام باحيائه •

وهذا الحديث وان كان عاما يشمل الأراضي الموات وغيرها الا أنه خاص باحياء الأراضي الموات التي ليست ملكا لأحد وغير منفع بها • جاء في شرح العناية ما نصه « أقول : لقائل أن يقول أن اعتبر عموم هذا الحديث يازم أن لا يملك أحد شيئا من الأملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه ، اذ لا شك أن كل واحد يستبد في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير توقف على اذن الامام ، وان لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ها هنا • فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى رأى الامام ، وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه الى رأى الامام بخلاف ما نحن فيه ، قلت : كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج الى رأى الامام (٢٥) •

مناقشة هذا الدليل :

وقد اعترض ابن حزم على هذا الحديث فقال : فأما من ذهب مذهب أبي حنيفة فاحتجوا بخبر من طريق عمرو بن واقد عن موسى ابن يسار عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية قال : " نزلنا دابق (٢٦) وعلينا أبو عبيدة بن الجراح فقتل حبيب بن مسلمة قتيلا من الروم ، فأمران

(٢٤) بدائع الصنائع ٣٨٥٢/٨ •

(٢٥) شرح العناية على الهداية ٧٠/١٠ •

(٢٦) دابق : قرية قرب حلب •

عبيدة أن يخلص سلبه ، فقال له حبيب : ان الرسول صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل ، فقال له معاذ بن جبل : مه يا حبيب انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « انما للمرء ما طابت به نفس امامه » وقالوا : لما كان الموات ليس أحد أولى به من أحد أشبه ما في بيت المال ، ما تعلم له شبهة غير هذا . قال على : أما الأثر فموضوع لأنه من طريق عمرو بن واقد وهو متروك باتفاق من أهل العلم بالآثار ، ثم هو حجة عليهم لأنهم أول من خالفه فأباحوا الصيد لمن أخذه بغير إذن الإمام ، فان ادعوا اجماعا كذبوا لأن في التابعين من منع من الصيد في دار الحرب وجعله من المنعم ، ولا يعارض بمثل هذا الأثر الكاذب حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسلب للقاتل وبالأرض لمن أحيأها ، ثم يستطرد قائلا : ثم لو صح هذا الخبر الموضوع لكان حجة لنا ، لأن النبی صلى الله عليه وسلم قد قضى بالموات لمن أحيأها ، وهو عليه السلام الامام الذى لا امامة لمن لم يأت به «(٢٧)» .

ثانيا : ما روى عن طاووس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عادى الأرض الله وأرسوله ثم لكم من بعدى فمن أحيأ شيئا من موات الأرض فله رقبته » «(٢٨)» .

يقول البرجسى تعنيها على هذا الحديث : « فما كان مضافا الى الله تعالى والرسول صلى الله عليه وسلم فالتقدير فيه الى الامام فلا يستهد أحد به بغير إذن الامام كخمس الغنيمة ، فرسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث أشار الى أن هذه الاراضى كانت في يد المشركين ثم صارت في يد المسلمين بايجاف الخيل فكان ذلك لهم من الله

تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ، وما كان بهذه الصفة لم يختص
أحد بشيء منه دون إذن الامام كالفنائم » (٢٩) •

ثالثا : قال عليه الصلاة والسلام : « لا حكم الا لله ورسوله » (٣٠) ،
فحل حكم الأراضى للامام (٣١) •

رابعا : ولأن الموات غنيمة فلا بد للاختصاص به من إذن الامام .
كسائر الفنائم ، والدليل عليه أن (غنيمة) اسم لما أصيب من أهل
الحرب بايجاف الخيل والركاب والموات كذلك ، لأن الأرض كلها كانت
تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهرا ، فكانت
كلها غنائم ، فلا يختص بعض المسلمين بشيء منها من غير إذن الامام .
كسائر الفنائم بخلاف الصيد والحطب والفحشيش لأنها لم تكن في أيدي
أهل الحرب ، فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء وأثبت اليد عليها (٣٢) •

الراى الثالث :

يرى المالكية التفريق بين الأراضى الموات البعيدة عن العمران
وبين الأراضى الموات القريبة من العمران ، فإذا كانت الأراضى الموات
التي ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها بعيدة عن العمران جاز لأى إنسان
أن يقوم باحيائها وتعميرها دون توقف على إذن الامام ، أما اذا كانت
الأراضى الموات التي ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها قريبة من العمران .

فإنه لا يجوز لأي إنسان القيام بأحيائها وتملكها إلا بأذن الإمام ، فإن قام شخص بأحياء الأراضى القريبة من العمران بدون إذن الإمام كان الإمام بالخيار بين امضائه أو اعتباره متعدياً فيعطيه قيمة ما بنى أو غرس أو زرع ويثبتته للمسلمين ، أو يعطيه لغيره من المسلمين ، ولا غرم عليه فيما مضى من الانتفاع وذلك لأنه أصل مباح (٣٣) .

وحد القريب ما تلحقه الماشية بالرعى في غدوها ورواحها وهو مسرح ومحتطب ، وأما ما كان على اليوم وما قاربه وما لا تدركه المواشى في غدوها ورواحها فهو من البعيد (٣٤) .

يقول الباجي : فالأوت على ضربين ضرب يبعد من العمران وضرب يقرب ، فأما ما بعد من العمران فقد قال مالك يحييه بغير إذن الإمام ، وأما التي تقرب من العمران فلا يحييها أحد إلا بأذن الإمام رواه سحنون عن مالك وابن القاسم عن أشهب » .

ثم يستطرد فيقول : إذا قلنا أنه لا يحيى إلا بأذن الإمام فأحيا رجل أرضاً قريبة من العمران بغير إذن الإمام فقد قال مالك وابن الماجشون ومطرف ليس له ذلك فإن فعل نظر الإمام فإن رأى إبقاءه له فعل ، وإن رأى أن يزيله ويعطيه غيره أو يبيعه للمسلمين فعل « (٣٥)

(٣٣) الشرح الصغير بأسفل بلفة المسالك ١٨٧/٣ ، ١٨٨ ، شرح الخرشى ٧٠/٧ دار صادر بيروت - لبنان .

(٣٤) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٢٩/٦ ، الطبعة الأولى ١٣٣٢ م مطبعة السعادة بمصر ، دار الكتاب العربي بيروت - لبنان ، وحاشية الشيخ على العدوى بهامش شرح الخرشى ٧٠/٧ .
(٣٥) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٢٧/٦ ، ٢٨ .

أبواب المالكية :

هذا وقد استدل فقهاء المالكية على رأيهم بما يأتي :

أولا : استدل الباجي على جواز أحياء الأرض البعيدة بغير إذن الامام بقول : « والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيأ أرضا ميتة فهي له » وهذا عام فيحمل على عمومها (٣٦) » • ويقصد بذلك سواء أذن الامام في الأحياء والتعمير أم لم يأذن •

ثم يقول الباجي : « ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أرض لا يتعلق بها حق لغير المحيي فلم يحتج في أحيائها الى إذن الامام كما لو ملكها المحيي » (٣٧) •

ثانيا : ما روى عن مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر ابن الخطاب قال : « من أحيأ أرضا ميتة فهي له » قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا ، يقول الزرقاني في شرح هذا الأثر : « فهي له بمجرد الأحياء ولا يحتاج لأذن الامام في البعيدة عن العمارة اتفاقا ، قال مالك معنى الحديث في فيافي الأرض وما بعد من العمران ، فان قرب فلا يجوز أحياءه الا بأذن الامام (٣٨) » •

ثالثا : أما اذا كانت الأراضي الموات قريبة من العمران فلا يجوز أحيائها وتعميرها الا بأذن الامام لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيأ أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم » • فهذا الحديث يبين أن الذي يقوم بأحياء الأراضي الموات القريبة من العمران والتي ليست

(٣٦) المرجع السابق ٢٧/٦ •

(٣٧) المنتقى شرح الموطأ ٢٨/٦ •

(٣٨) شرح الزرقاني على الموطأ ٢٩/٤ دار الفكر للطباعة والنشر

والتوزيع •

ملكاً لأحد قد يظلم غيره ، ويستتسر الناس من أحيائه لهذه الأراضي بسبب تضيقه عليهم ، ومن ثم يتوقف أحيائها على إذن الامام (٣٩) .

الرأى الرابع :

بعد هذا العرض للآراء الفقهاء وأدلتهم فأننى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أبو حنيفة ومن وافقه فى أنه لابد من إذن الامام فى أحياء الأراضي الموات التى ليست ملكاً لأحد وغير منتفع بها بأى وجه من الوجوه ، لأن فى إذن الامام تحقيق مصالح الناس ويدفع الكثير من الضرر عنهم ، لأن عدم الإذن يؤدى الى التشاحن والتنازع بين الناس . وذلك حين يختلف شخصان على موضع واحد (٤٠) . هذا بالإضافة الى

(٣٩) المنتقى شرح الموطأ ٢٧/٦ ، ٢٨ .

(٤٠) قيل لأبى يوسف ما ينبغى لأبى حنيفة أن يكون قد قال هذه الأمان من شيء لأن الحديث قد جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحيأ أرضاً مواتاً فهى له » فبين لنا ذلك الشيء ، فانا نرجوا أن تكون قد سمعت منه فى هذا شيئاً يحتج به ، قال أبو يوسف : حجته فى ذلك أن يقول : الأحياء لا يكون الا بإذن الامام . أرايت رجلين أراد كل واحد منهما أن يختار موضعاً واحداً وكل واحد منهما منع صاحبه أيهما أحق به ؟ أرايت ان أراد رجل أن يحيى أرضاً ميتة بفناء رجل وهو مقر أن لاحق له فيها فقال : لاتحيها فانها فنائى وذلك يضرنى ، فانما جعل أبو حنيفة إذن الامام فى ذلك طائفاً فصلاً بين الناس ، فإذا إذن الامام فى ذلك لانسان كان له أن يحييها وكان ذلك الإذن جائزاً مستقيماً ، وإذا منع الامام أحداً كان ذلك المنع جائزاً ، ولم يكن بين الناس التشاح . فى الموضع الواحد ولا الضرر فيه مع إذن الامام ومنعه .

انظر البخراج لأبى يوسف ص ٦٤ ، دار المشرق للطباعة والنشر والتوزيع .

أن انتزاع اذن الامام يؤدى الى تمكين الدولة من التخطيط المسبق للاحياء في أى الأماكن ، ولأن يكون ، وبأى شئ يكون ، مراعية في ذلك حاجتها ، وحاجة المواطنين وطبيعة الأرض ومرافقها وغير ذلك ، فالدولة مسئولة عن ذلك . ومن ثم كان لابد من صدور اذن من الامام لاهياء الاراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها .

المبحث الثانى

تجرد الموات من الحقوق المتعلقة به

لا يكفى في احياء الأرض الموات وتعميرها أن تكون بالفعل أرضا مجدية مغطاة عن الانتفاع وانما لابد لها بالاضافة الى ذلك أن تكون مجردة عن سائر الحقوق العامة والخاصة المقررة عليها ، لأن الأرض الموات قد تكون مثقلة ببعض الحقوق العامة كالحمى ونحو ذلك ، كما قد تكون أيضا مثقلة ببعض الحقوق الخاصة .

ومن أهم ما ذكره الفقهاء من هذه الحقوق وأكدوا على ضرورة تجرد الأرض الموات المراد احيائها منه هي ثلاثة حقوق :

١ — حق التحجير • ٢ — حق الاقطاع • ٣ — حق الحمى •

ومن ثم فسيكون حديثنا — ان شاء الله تعالى — عن هذه الحقوق في ثلاثة مطالب :

المطلب الاول

حق التحجير

لقد احترم الفقه الاسلامى ارادة الساعين الى احياء الأرض الموات وتعميرها ، وحافظ على تحقيق رغبتهم في اصلاح هذه الاراضى ، (٢٧ — شريعة)

ومن ثم فقد اعتد الفقه الاسلامي بكل وسيلة من الوسائل الدالة على هذه الرغبة ، وأطلق عليها الفقهاء التحجير • فما هو التحجير ، وما المقصود منه ، وما هي الحقوق المترتبة عليه ، وما الحكم لو قام شخص بإحياء الأرض المحجرة لغيره ؟ هذه بعض نقاط تتعلق بالتحجير أردت التحدث فيها دون التعرض لباقي الأحكام التي تتعلق بالتحجير حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث • فأقول وبالله التوفيق •

أولاً : تعريف التحجير :

١ — تعريف التحجير في اللغة : جاء في المصباح المنير : « احتجرت الأرض جعلت عليها منارا وأعلنت علما في حدودها حيازتها » (١) • ويقول ابن الأثير : « يقال . حجرت الأرض واحتجرتها إذا ضربت عليها مزارا تمنعها به عن غيرك » (٢) • ويقول صاحب تاج العروس : « احتجرت الأرض وحجرتها ضرب عليها منارا وأعلم علما في حدودها للحيازة يمنعها به عن الغير » (٣) •

مما سبق يتضح أن المراد بالتحجير في اللغة وضع العلامات أو ضرب الأعلام على حدود قطعة الأرض المراد حيازتها ، وذلك منعا من التجاوزات التي قد تأتي من قبل الغير •

٢ — تعريف التحجير في الاصطلاح :

بالنظر الى تعاريف الفقهاء للتحجير نجد أنهم اختلفوا في تعريفه على ثلاثة آراء فمنهم من اقتصر في تعريف التحجير على ما ورد في

(١) المصباح المنير ١/١٢٢ •

(٢) لسان العرب مادة (حجر) ٢/٧٨٤ •

(٣) تاج العروس فصل الحاء من باب الراء ٣/١٣٧ ، الطبعة

الأولى ١٣٠٦ هـ المطبعة الخيرية بمصر •

اللغة من أنه عبارة عن علامة أو اشارة على ارادة الاحياء لمنع الغير من التعرض لقطعة الأرض المراد احيائها . وذلك بوضع أحجار أو أسواك أو نحو ذلك على الأرض المراد احيائها وتعميرها ، ومن هؤلاء الفقهاء الحنفية (٤) والزيدية (٥) ، ومنهم من ذهب في تعريف التحجير الى أنه شروع في عملية الاحياء ، وذلك بنقل الأراضى الموات من حالتها المجبة الى حالة الخصب وصلاحياتها للانتاج مثل حفر بئر أو مد مجرى ونحو ذلك . ومن هؤلاء الفقهاء الحنابلة (٦) وبعض فقهاء الامامية (٧) ، أما فقهاء الشافعية (٨) فان التحجير عندهم فانه يشتمل على وضع العلامات على الأراضى المراد احيائها مع المشروع في العمل معا .

(٤) جاء في الاختيار : « التحجير : أن يعلمها بعلامة بأن وضع الحجارة أو غرس حولها أغصانا يابسة أو قلع الحشيش أو احراق الشوك ونحوه فانه تحجير » . الاختيار لتعليل المختار ٢/٣٣٨ طبع الجهاز المركزي للكتب .

(٥) ويقول الشوكاني : « والتحجير بضرب الأعلام في الجوانب ، السيل الجرار المتدفق ٢٢٨/٣ السيل الجرار المتدفق : الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .

(٦) وجاء في المبدع : « تحجير الموات : الشروع في احيائه من غير أن يتمه مثل أن يحيط حول الأرض تراباً أو بجدار صغير أو بحفر بئر المبدع في شرح المقنع ٢٥٧/٥ .

(٧) يقول الامام جعفر الصادق في وصفه للتحجير : « كما لو وضع علامات تدل على سبقه من تسوير الأرض ، أو جمع التراب أو حفر قناة وما الى ذلك » فقه الامام جعفر الصادق ٤٨/٥ .

(٨) جاء في روضة الطالبين : « الشارع في احياء الموات متحجر ما لم يتمه ، وكذا اذا أعلم عليه علامة للعمارة من نصب أحجار ، أو غرز خشبات أو قصبات ، أو جمع تراب ، أو خط خطوط » روضة الطالبين ٢٨٦/٥ .

والواقع أن التحجير لا يدل بمفهومه في الاصطلاح على أكثر من الإمارة والدلالة على إرادة الأحياء .

ثانيا : المقصود من التحجير :

يقصد بالتحجير للأرض الموات منع الغير من الاقدام على احيائها فترة من الزمن والتحجير بهذا المقصود يكون مشتقا من الحجر بسكون الجيم وهو المنع من الشيء ، أو يقصد به اعلام الغير بقصد استصلاح وتعمير رقعة من الأرض غير المنتفع بها، وذلك عن طريق وضع الأحجار في جوانبها ، أو خط الخطوط حولها ، أو احاطتها بالأسلاك ونحو ذلك ، والتحجير بهذا المقصود يكون مشتقا من الحجر بفتح الجيم (٩) .

ثالثا : الحقوق المكتسبة بالتحجير :

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية (١٠) على أن من يحجر مساجدة من الأراضي الموات التي ليست ملكا لأحد وفي نفس الوقت غير منتفع بها بأي وجه من وجوه الانتفاع يكون أحق باحيائها وتعميرها ، ويمتنع على الآخرين استصلاحها وتعميرها ، طالما لم يبطل حق المتحجير في تحجيرها بأي سبب من الأسباب المبذولة للتحجير كاعراض الحجر

(٩) مجمع الأنهر ٥٥٨/٢ ، ٥٥٩ ، وروضة الطالبين ٢٨٦/٥ وحاشية للعنقري على الروض المربع ٤٢٧/٣ ، والبحر الزخار ٧٤/٥ ، والروضة البهية ١٣٤/٧ ، مطبعة الآداب في النجف الأشرف ، الطبعة الأولى ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م .

(١٠) بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ ، روضة الطالبين ٢٨٦/٥ ، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ ، والبحر الزخار ٧٤/٥ ، وشرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ١٦٩/٢ .

عما حجسوه أو تركه ، أو تطول مدة تحجيريه للأرض دون أن يبدأ في استصلاح الأراضي الموات وتعميرها .

واستدلوا على ذلك بقوله النبي صلى الله عليه وسلم : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » (١١) . وقوله عليه الصلاة والسلام : « منى مناخ من سبق » (١٢) فإن نقله إلى غيره صار الثانى أحق به ، لأن صاحب الحق آثاره به ، فإن مات انتقل إلى وارثه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من ترك حقا أو مالا فهو لورثته » .

ولأنه حق للمورث فقام وارثه مقامه فيه كسائر حقوقه (١٣) .

من هذا يتضح أن التحجير للأراضي الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها يفيد أحقية المحجر لها بالتعمير والاستصلاح، فيكون أولى الناس بأحياء الأرض المحجرة من غيره على شريطة ألا يهمل تعميرها أكثر من المألوف .

وإذا كان الفقهاء على اختلاف مذاهبهم قد اتفقوا على ثبوت الأحقية أو الأولوية بالتحجير فى الأرض الموات للمحجر فإنهم اختلفوا، هل التحجير تثبت به ملكية الأرض المحجرة للمحجر أم لا ؟ على رأيين:

الرأى الاول :

أن التحجير لا يترتب عليه ملكية المحجر للأراضي التى حجسها ، بل تثبت هذه الملكية بأحياء هذه الأراضي بالفعل ، وإلى هذا ذهب بعض

(١١) الجامع الصغير للسيوطى ١٧٩/٢ ، الطبعة النخاسية ،

مطبعة مصطفى الحلبي ، سنن أبى داود ١٧٤/٢ .

(١٢) الجامع الصغير للسيوطى ١٩٠/٢ .

(١٣) كشاف القناع ١٩٣/٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م وتكملة المجموع ٤٧٢/١٤ ، ٤٧٣ ،

فقهاء الحنفية (١٤) ، والمالكية (١٥) ، وبعض فقهاء الشافعية (١٦) ، ورواية عند الحنابلة (١٧) ، والزيدية (١٨) ، والامامية (١٩) لأن التحجير ليس الا تمهيدا وشروعا في الاحياء وليس احياء بالفعل ، والأراضى الموات لا تملك الا بالاحياء لعموم النصوص الواردة في ذلك والتي منها : « من أحيأ أرضا ميتة فهي له » .

(١٤) يقول الكاساني : « ولو حجر الأرض الموات لا يملكها بالاجماع ، لأن الموات يملك بالاحياء ، لأنه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها يريد أن يحجز غيره عن الاستيلاء عليها ، وشيء من ذلك ليس بأحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره » بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ (١٥) ويقول : الباجي : « وليس التحجير بأحياء قاله ابن القاسم في المجموعة وغيرها ، وجه ذلك أن التحجير ليس فيه احياء للأرض ولا منفعة وانما هو منع لغيره من التصرف فيها والا فهي باقية على صفتها قبل التحجير » المنتقى شرح الموطأ ٣٠٠/٦ .

(١٦) وجاء في تكملة المجموع : « التحجير احاطة الأرض بالحجارة أو بحائط صغير ، وهو شروع في احياء الموات وليس احياء تاما ، ولذلك فإنه لا يملكه بذلك ، لأن الملك لا يكون الا بالاحياء وليس هذا احياء ولكن يصير أحق الناس به » تكملة المجموع ٤٧٢/١٤ ، ٤٧٣ .

(١٧) ويقول ابن قدامة : « وان تحجر مواتا وهو أن يشرع في احيائه مثل أن أدير حول الأرض ترابا أو أحجارا أو أحاطها بحائط صغير لم يملكها بذلك ، لأن الملك بالاحياء وليس هذا احياء لكن يصير أحق الناس به » المغني ١٥٣/٦ .

(١٨) ويقول الشوكاني : « والتحجير بضرب الأعلام يثبت به الحق لا الملك » السيل الجرار المتخفق ٢٢٨/٣ .

(١٩) جاء في شرائع الاسلام : « فان التحجير يفيد الأولوية لا ملكا للربة » شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري ١٦٩/٢ .

الرأى الثانى :

أن التحجير للاراضى الموات التى ليست ملكا لأحد ولا ينتفع بها بأى وجه من وجوه الانتفاع يترتب عليه ملكية المحجر لها . وهذه الملكية تكون مؤقتة بثلاث سنين ، فان قام المحجر باحياء الأرض التى حجرها خلال هذه المدة المحددة تأيدت ملكيته للأرض والا سقطت ملكيته المؤقتة . والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية (٢٠) ، وبعض الشافعية (٢١) ، والرواية الثانية عند الحنابلة (٢٢) ، وان كانوا لم يصرحوا بالمدة كما ذكر فقهاء الحنفية ، لأنهم يرون سقوط حق المحجر على الأرض التى حجرها إذا لم يعمرها خلال فترة من الزمن ، وهذا يدل على توقيت هذه الملكية كما قال بعض فقهاء الحنفية .

وقد استدلل أصحاب هذا الرأى بما روى عن أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب — رضى الله عنه — ليس لتحجر بعد ثلاث سنين حق (٢٣) والحق اذا أطلق يراد به الملك لا مجرد الحق من غير ملك (٢٤) .

الرأى الرابع :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم فاننى أرى أن الرأى الرابع هو الرأى الأول القائل بأن التحجير لا يثبت به ملكية المحجر

(٢٠) قال الاترازى : ثم الاجتجار هل يفيد الملك أم لا فيه اختلاف المشايخ ، قيل يفيد ملكا مؤقتا الى ثلاث سنين . البناية فى شرح الهداية ٤٣٠/٩ .

(٢١) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ؛

(٢٢) حاشية العنقرى على البروض المربع ٤٢٧/٣ .

(٢٣) الخراج لأبى يوسف ص ٦٥ ، شرح البناية على الهداية ١٠/١٢ .

(٢٤) البناية فى شرح الهداية ٤٣٠/٩ ؛

للأرض التي حجبها ، وذلك لأن ملك الأرض الموات لا يكون إلا بأحيائها وتعميرها بالفعل ، وذلك عن طريق عمل فيها يحولها من أرض مجدبة إلى أرض خصبة ، أما التحجير فما هو إلا دليل على إرادة الأحياء ، إذ ليس فيه سوى تحديد الأرض المراد أحيائها بعلامات تمنع الغير من الاستيلاء عليها •

وما استدلل به الفريق الثاني من قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا يدل دلالة قاطعة على تطبيق الأرض المحجرة للمحجر ، إذ يحتل أن يكون المراد بالحق في قوله — رضى الله عنه — حق الأولوية في الاستصلاح والتعمير للأراضي المحجرة وهو احتمال قائم •

من هذا نخلص أن التحجير لا يعتبر أحياء للأراضي الموات ، وإنما هو وسيلة من الوسائل الدالة على الأحياء •

رابعاً : أحياء الغير للأرض المحجرة :

بقيت نقطة أخيرة في هذا المبحث وهي إذا قام شخص بأحياء أرض محجرة لغيره هل يملك ذلك الشخص الأراضي الموات المحجرة التي أحيائها أم تظل بأقية للشخص الأول الذي حجبها على اعتبار أنه سبق إلى تحجيرها ؟

للإجابة على هذا السؤال نقول : انتهينا في النقطة السابقة إلى القول أن التحجير يترتب عليه أحقية المحجر للأراضي التي حجبها ، وهذا بدوره يعطيه الحق في أحيائها وتعميرها ومنع الغير من الاستيلاء عليها واستصلاحها ، فإذا قام شخص آخر بأحياء هذه الأرض المحجرة قبل انقضاء مدة التحجير فإن الفقهاء اتفقوا على أنه لا يجوز للغير

ديانة(٢٥) أن يتعدى على حق الحجر بأحياء وتعمير الأرض التي حجرها .

لكنهم اختلفوا في تملك المحيى للأراضى الموات التي حجرها غيره قبل مضي مدة التحجير على رأيين :

الرأى الاول :

إذا قام شخص بأحياء الأرض الموات التي حجرها غيره قبل انتهاء مدة التحجير فإنه يملك هذه الأراضى التي أحيها . وإلى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٢٦) والمالكية(٢٧) ، وبعض فقهاء الشافعية(٢٨) ، ورواية عند الحنابلة(٢٩) ، وبعض فقهاء الزيدية(٣٠) وبعض فقهاء

(٢٥) تبين الحقائق ٣٥/٦ ، وحاشية الطحطاوى ٢١٥/٤ .

(٢٦) جاء في مجمع الأنهر : « فاما إذا أحيها غيره قبل مضي هذه

المدة كلها لتحقق الأحياء منه دون الأول » مجمع الأنهر ٥٥٩/٢ .

(٢٧) المدونة للإمام مالك ١٩٥/١٥ مطبعة السعادة بالقاهرة بمصر

١٣٢٤م .

(٢٨) جاء في روضة الطالبين : « لو يادر أجنبي قبل أن يبطل حق

المتحجر فأحيها ما تحجره ملكه المحيى على الأصح المنصوص لأنه حق سبب

الملك وإن كان ظاهراً كما لو دخل في سوم أخيه المشتري » روضة الطالبين

٢٨٧/٥ .

(٢٩) ويقول صاحب الكافى : « والثانى يملكه لأنه أحيأ أرضاً

ميتة فيدخل في عموم الحديث ، ولأن الأحياء يملك به فقدم على التحجير

الذى لا يملك به » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ .

(٣٠) البحر الزخار ٧٤/٥ .

الامامية (٣١) • لأن الاحياء هو سبب تملك هذه الأراضي ، أما التحجير فانه لا يعد سببا للتملك ، وانما يفيد أحقية أو أولويته على غيره في احيائها •

هذا بالإضافة الى أن الشخص الذى قام باحياء هذه الأراضي أحياء أرضاً ميتة فكان له الحق في تملكها عملاً بالنصوص الواردة في ذلك والتي منها : ما روى طاووس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عادى الأرض لله ورسوله فمن أحيأ أرضاً ميتة فهي له « (٣٢) •

الرأى الثانى :

إذا قام شخص باحياء وتعمير الأراضي الموات التى حجيرها غيره لا يملكها بهذا الاحياء والتعمير • والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية (٣٣) والرأى الثانى عند الشافعية (٣٤) ، والرواية الثانية عند

(٣١) الروضة البهية ١٧٦/٧ •

(٣٢) المبسوط ١٦٨/٢٣ •

(٣٣) شرح العناية على الهداية ٧٢/١٠ •

(٣٤) ذكر الامام النووي - رحمه الله - فى هذه المسألة أربعة آراء الرأى الأول وقد سبق ذكره والثانى : لا يملك لثلا يطل حق غيره ، والثالث أنه ان انضم الى التحجير اقطاع للسلطان لم يملك المحيى والا فيملك ، والرابع ان أخذ المتحجر فى العمارة لم يملك المبادر والا فيملك • روضة الطالبين ٢٨٨/٥ •

الحنابلة (٣٥) ، والراجح عند الزيدية (٣٦) ، وبعض الامامية (٣٧) هذا وقد استدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية :

١ - قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة ليست » وقوله : « في حق غير مسلم فهي له » فإن مفهوم هذا يدل على أنها لا تكون للمحيي إذا كان لمسلم قبيها حق (٣٨) .

٢ - قوله عليه الصلاة والسلام : « من سبق الى ما لم يسبق فهو أحق به » (٣٩) فإن هذا يدل أيضا على أنه لا شيء للمحيي لأنه سبقه غيره في التحجير للأرض الموات .

٣ - روى سعيد بن منصور في سننه أن عمر رضى الله عنه قال : « من كانت له أرض - يعنى من تحجر أرضا - فغطلها ثلاث سنين فنجاء قوم فعمروها فهم أحق بها » وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها (٤٠) .

(٣٥) يقول صاحب الكشف : « وإن أحيائها غيره أى غير المتحجير : فى مدة المهلة أو قبلها لم يملكه » كشف القناع ١٩٣/٤ .

(٣٦) البحر الزخار ٧٥/٤ .

(٣٧) وجاء فى شرائع الاسلام : « ولو تهجم عليه من يروم الاحياء كان منعه ... ولو قاهره فأحيائها لم يملكه » شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للحلى ٢٧٥/٣ . الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م منشورات دار الاضواء بيروت - لبنان .

(٣٨) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، وكشاف القناع ١٩٣/٢ .

(٣٩) الكافي فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ .

(٤٠) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، والمغنى لابن قدامة ١٠٩٤/٦ .

٤ - ولأن الثاني أحياء في حق غيره فلم يملكه كما لو أحياء ما تتعلق به مصالح غيره (٤١) •

٥ - هذا بالإضافة الى أن حق المتحجر أسبق ، فكان أولى كحق الشقيع يقدم على شراء المشتري (٤٢) •

الرائى الراجع :

والذى يترجح في نظرى ما ذهب اليه أصحاب الرأى الثانى الثالثين بأنه لا يملك المحيى للأراضى الموات التى أحيائها فى الأراضى المتخجرة لغيره قبل انتهاء مدة التخجير طالما لم يترك المحجر الأرض التى حجبها ولم يهمل فى أحيائها ، لأننا لو أخذنا بالرأى الأول لآدى ذلك الى وقوع التخاصم والنزاع بين الناس ، حيث يبادر كل منهم الى احياء الأراضى المحجرة لغيره ، وهذا يؤدى الى الفوضى والاستيلاء على حقوق الآخرين بغير حق ، كما أنه يؤدى الى احجام الناس عن استثمار أموالهم بأحياء هذه الأراضى ، أضف الى ذلك أن هذا يعد من باب الغصب والتعدى على حقوق الآخرين ، وفيه قطع لحق المحجر فى احياء الأراضى التى حجبها وهذا يناقض العدالة التى تقوم على مبدأ لا ضرر ولا ضرار • والله أعلم •

أما اذا قام أحد الأشخاص بتعمير ما حجبته غيره بعد اعراض الأول عن الأحياء أو تركه الأحياء صراحة أو دلالة ، أو بعد انتهاء

(٤١) المغنى لابن قدامة ١٥٤/٦ •

(٤٢) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ ، وكشاف

القناع ١٩٣/٢ •

المدة المحددة دون أن يقوم بأحيائها وتعميرها فإن الفقهاء (٤٣) اتفقوا على أن المصبي يملك ما أحياه .
واستدل على ذلك بالأدلة الآتية :

- ١ — ما روى أن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — قال على المنبر : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » وذلك أن رجالاً كان يتحجرون من الأرض ما لا يعلمون (٤٤) .
- ٢ — ما روى عن عمرو بن شعيب أن عمر — رضى الله عنه — جعل التحجير ثلاث سنين فإن تركها حتى تمضى ثلاث سنين فأحيها غيره فهو أحق بها (٤٥) .

٣ — أن في أحياء الأراضي الموات وتعميرها فيها منفعة للمسلمين من حيث العشر والفراج ، فإذا لم يقم المحجر بإصلاحها وتعميرها لم يحصله القصد (٤٦) .

٤ — ولأن المحتجر ضيق على الناس في حق مشسترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء أو ممدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع (٤٧) .

(٤٣) تبين الحقائق ٣٥/٦ ، والمنتقى ٣٠/٦ ، وتكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، والكافي أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ ، وشرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ١٦٩/٢ .

(٤٤) الخراج لأبي يوسف ص ٦٥ .

(٤٥) الخراج ليحيى بن آدم القرشي ص ٩١ . دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع .

(٤٦) مجمع الأنهر ٥٥٨/٢ .

(٤٧) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، والمغني لابن قدامة ٦٥٤/٦ .

المطلب الثاني

حق الاقطاع

تعريف الاقطاع في اللغة :

الاقطاع معناه في اللغة جعل الشيء عقارا كان أو منقولاً قطيعة أي محبوساً على مصلحة شخص معين ، أو أشخاص معينين •

يقال : « اقطع الامام الجند البلد اقطاعاً يعني جعل لهم غلتها رزقاً ، ويقال : اقطعه قطعاً فانقطع ، وانقطع الغيث احتبس ، وانقطع النهر جف أو حبس ، واستقطعت سألته الاقطاع ، وأسسم ذلك الشيء الذي يقطع قطيعة (٤٨) » •

تعريف الاقطاع في الاصطلاح :

عرفه ابن عرفة بقوله : « تملك الامام جزءاً من الأرض الحبس » (٤٩) وهذا التعريف قاصراً على اقطاع الأرض الموات لمن يقوم بإحيائها وتعميرها فيكون أولى بها من غيره وعرفه القاضي عياض بقوله : « تسوين الامام من مال الله شيئاً لمن يراه أهلاً لذلك » قال : وأكثر ما يستعمل في الأرض ، وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه ، أما بأن يملكه إياه فيعمره ، وأما أن يجعل له غلته مدة » (٥٠) ، وعرفه صاحب حلية الفقهاء

(٤٨) ، الصباح المنير ٥٠٨/٢ ، ٥٠٩ مادة (قطع) •

(٤٩) شرح الخرشى ٦٩/٧ وقد اعترض الشيخ العدوي على ما أورده الخرشى عن ابن عرفة حيث قال : لم يوجد في تعريف ابن عرفة لفظة (حبس) فالمناسب اسقاطها لأن الحبس لا يجوز تملك شيء منه ، وأفاد بعض شيوخنا أن المعنى من الأرض الحبس أي موائها • حاشية العدوي بهامش شرح الخرشى ٦٩/٧ •
(٥٠) سبل السلام ٨٦/٣ •

بتعريف لا يختلف في مضمونه عن تعريف القاضي عياض وإن اختلف معه في المصياغة حيث قال : وأما الاقطاع فإن يقطع له ناحية من الأرض أو شيئاً من الأشياء فيجعل له « (٥١) » .

من هذه التعاريف يتضح لنا أن الاقطاع معناه تخصيص الدولة قطعة من الأرض أو نحوها من الموارد الطبيعية بأن يراه الامام أهلاً لذلك من جند الاسلام أو غيرهم ، والاقطاع كما يكون في الأراضي يكون في غيرها من أنواع المال ، سواء أكان عقاراً أم كان منقولاً ، وإن كان استعماله في العقار أكثر من غيره .

أنواع الاقطاع :

وقد قسم الفقهاء الاقطاع الى ثلاثة أقسام :

- ١ - اقطاع تملك • ٢ - اقطاع استغلال • ٣ - اقطاع ارفاق .
- وسوف نتحدث - ان شاء الله تعالى - عن القسم الأول فقط أما القسم الثاني والثالث فلا دخل لهما في بحثنا .

اقطاع التملك :

إذا كانت الشريعة الاسلامية قد فتحت الباب أمام المستثمرين والمعمرين للأرض طوعية ، فقد جعلت للامام الحق في أن يصطفى بعض من يراهم أهلاً لذلك فيقطعهم بعض الأراضي الموات غير المنتفع بها والمتابعة للدولة لبعض الأشخاص لاستغلالها واستثمارها والانتفاع بها ، وهذا ما يعبر عنه فقهاء الشريعة الاسلامية باقطاع التملك .

وسوف نتحدث في هذا النوع من الاقطاع في بعض النقاط الآتية حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث .

أولاً : المقصود باقطاع التملك :

يقصد باقطاع التملك اعطاء الامام أو من ينوب عنه مساحة من الأراضي الموات أن تتوفر فيه القدرة من الأشخاص على استثمارها واستغلالها فيملكها بهذا الاعطاء أو الاعمار ملكية تامة .

ثانياً : حكم اقطاع التملك :

يجوز للامام اقطاع أرضا مواتا لمن يراه أهلاً لهذا الاقطاع وذلك لاستغلالها واستصلاحها . وقد استدل الفقهاء على جواز ذلك باقطاع النبي صلى الله عليه وسلم لبعض الصيابة رضي الله عنهم — بعض الأراضي ، وباقطاع الخلفاء من بعده لبعض الأشخاص . وسوف أذكر بعض الآثار الواردة في ذلك .

١ — ما روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير حضر فرسه (٥٢) فأجرى فرسه حتى قام ثم رمى بسوطه فقال : « أعطوه من حيث بلغ السوط » (٥٣) .

٢ — عن علقمة بن وائل عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضاً ، قال : فأرسل معي معاوية قال أعطها أيام (٥٤) .

(٥٢) (حضر فرسه) أي قبل ارتفاع الفرس في عبده . تكبلة المحيوع ١٨٠/١٤ .

(٥٣) سنن أبي داود (باب في اقطاع الأرضين) ١٧٤/٢ .

(٥٤) سنن الدارمي (باب في القطائع) ٣٦٨/٢ ، وفي رواية :

« أعطاه أرضاً بحضرموت ، سنن أبي داود (باب في إقطاع الأرضين) ١٧٠/٢ ، وسنن الترمذي (باب ما جاء في القطائع) ٦٥٦/٣ .

٣ — ما روى أبو عبيد عن طاووس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عادى الأرض الله ورسوله ثم هي لكم » قال : قلت وما يعنى قال تقطعونها الناس « (٥٥) » .

٤ — عن أسماء بنت أبي بكر في حديث ذكرته قالت : « كنت أفعل النبى من أرض الزبير التى أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسى وهو منى على ثلثى فرسخ » (٥٦) .

٥ — جاء بلال بن الحارث انزنى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستقطعه أرضا فأقطعهها له طويلة عريضة « (٥٧) » .

قال الشوكنى — رحمه الله — بعد أن ساق هذه الأحاديث : « وأحاديث الباب فيها دليل على أنه يجوز للنبي صلى الله عليه وسلم ومن بعده من الأئمة اقطاع الأراضى وتخصيص بعض دون بعض بذلك اذا كان فيه مصلحة » (٥٨) .

ويقول صاحب تكملة المجموع أيضا بعد أن ذكر بعض هذه الأحاديث . « والأحاديث تدل على أنه يجوز للنبي صلى الله عليه وسلم ومن بعده من الأئمة اقطاع الأراضى وتخصيص بعض دون بعض لمن يأنس فيهم القدرة على القيام عليها وأحيائها واستنباط منافعها » (٥٩) .

وكما أقطع النبي صلى الله عليه وسلم بعض أراضى الموات لبعض

(٥٥) الأموال لأبى عبيد ص ٣٤٧ ، والألم للشافعى ٢٦٨/٣ ، طبعة

مصورة عن طبعة بولاق ١٣٢١ هـ الدار المصرية للتأليف والترجمة .

(٥٦) نيل الأوطار ٣١١/٥ .

(٥٧) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص ٩٣ .

(٥٨) نيل الأوطار ٣١٢/٥ .

(٥٩) تكملة المجموع ٤٨١/١٤ .

الصحابية كذلك فعل الخلفاء الراشدين — رضى الله عنهم — من بعده
فقد أقطعوا بعض الناس بعض الأراضى •

جاء فى كتاب الخراج ليحيى ابن أجم قال : حدثنا هاشم بن عروة
عن أبيه أن أبا بكر — رضى الله عنه — أقطع الزبير ما بين الجرف
الى قنسة •

وقال : حدثنا الحسن قال : سمعت عبد الله بن الحسن يقول :
أن عليا — رضى الله عنه — سأل عمر بن الخطاب — رضى الله عنه —
فاقطعه ينبع • —

وقال : حدثنا قيس بن الربيع عن ابراهيم بن مهاجر عن موسى
ابن طلحة قال : أقطع عمر — رضى الله عنه — خمسة من أصحاب النبى
صلى الله عليه وسلم : سعد بن أبى وقاص ، وعبد الله بن مسعود ،
وخباب ، واسامة بن زيد •

وقال : كان بالبصرة رجل يقال له نافع أبو عبد الله ، وكان أول
من افتلى الفلى (٦٠) بالبصرة ، فأتى عمر — رضى الله عنه — فقال :
ان بالبصرة أرضاً ليست بأرض الخراج ولا تضر بأحد من المسلمين ،
قال : فكتب اليه أبو موسى يعلمه بذلك ، ويخبره أنه أول من افتلى الفلا
بالبصرة ، فقال : أزرعها لخليى ، قال : فكتب عمر الى أبى موسى : ان
كانت ليست تضر بأحد من المسلمين وليست من أرض الخراج فأقطعها
اياهم (٦١) •

(٦٠) الفل بضم الفاء وكسر اللام وتشديد الياء جمع الفلا بفتح
الفاء ، والفلا جمع فلاة ، وافتلاؤها رعيها وطلب ما فيها من الكلا • الخراج
ليحيى بن آدم ص ٧٨ •

(٦١) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ •

وجاء في كتاب الخراج لأبي يوسف قال : حدثني الأعمش عن ابراهيم بن المهاجر عن موسى بن طلحة قال : أقطع عثمان بن عفان لعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما في النهرين ، ولعمار بن ياسر استينيا ، وأقطع خبابا صنعا ، وأقطع سعد بن مالك قرية هرمزان •

ثم قال أبو يوسف . فقد جاءت هذه الآثار بأن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ألقوما ، وأن الخلفاء من بعده أقطعوا ، ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاح فيما فعل من ذلك ، اذ كان فيه تألف على الاسلام وعمارة الأرض ، وكذلك الخلفاء انما أقطعوا من رأوا أن له غناء في الاسلام ، ونكاية للعدو ورأوا أن الأفضل ما فعلوا (٦٢) •

ثالثا : احياء الغير الأرض المقطعة :

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للغير ديانة أن يقوم باحياء الأرض المقطعة لغيره قبل انقضاء المدة التي حددها الفقهاء والتي يظل فيها المقطع له الحق من غيره في احيائها وتعميرها ، لأن هذا يعتبر تعديا على حقوق الآخرين وهذا لا يجوز •

فاذا قام الغير باحياء الأرض الموات المقطعة لغيره قبل انقضاء المدة فهل يملك المحيي هذه الأراضى المقطعة أم لا ؟

للإجابة على هذا السؤال نقول : اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول :

اذا قام شخص باحياء الأراضى الموات المقطعة لشخص آخر قبل

انقضاء المدة المحددة لاستصلاح الأرض وتعميرها فإنه يملك ما أحياء وعمره من الأراضي الموات ، وإلى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية (٦٣) ، ورأى عند الشافعية (٦٤) ، ورواية عند الحنابلة (٦٥) ، والظاهرية (٦٦) وبعض فقهاء الزيدية (٦٧) ، وبعض فقهاء الامامية (٦٨) .

واستدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له فيها أجر وما أكلت العاقية منها فهو له منها صدقة » (٦٩) . كما استدلوأ أيضا بالاضافة الى ذلك بأن الاقطاع بقصد الاحياء لا يترتب عليه ملكية المقطع لها ، وانما يترتب عليه أحقيته في احيائها وتعميرها . فاقطاع هذه الأراضي لا يخرجها عن وصفها الأصلي وهو كونها ميتة ومباحة للجميع .

الرأى الثانى :

أن الشخص اذا قام باحياء الأرض الموات المقطعة لغيره قبل انقضاء المحددة للمقطع لا يملكها ذلك الشخص الذى أحياءها . وإلى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية (٧٠) ، والرأى الثانى عند الشافعية (٧١) ،

(٦٣) البناية فى شرح الهداية ٤٣١/٩ .

(٦٤) تكملة المجموع ٤٨٣/١٤ .

(٦٥) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ .

(٦٦) المحل لابن حزم ٩٧/٩ ، ٩٨ .

(٦٧) البحر الزخار ٧٤/٥ .

(٦٨) الروضة البهية ١٧٦/٧ .

(٦٩) سنن الدارمى ٣٦٧/٢ .

(٧٠) بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ .

(٧١) روضة الطالبين ٢٨٨/٥ .

والرواية الثانية عند الحنابلة (٧٣) ، وبعض فقهاء الزيدية (٧٣) ، وبعض فقهاء الامامية (٧٤) .

واستدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أعرأ أرضا ليست لأحد فهو أحق » (٧٥) فهذا الحديث يدل على أن تملك الأرضى بالاحياء لا يكون الا اذا خلا من حق الغير عليها ، ولا شك أن الأرض المقطعة تكون حقا للمقطع ، وهو وان كان لا يملكها الا أن له حق الأولوية فى الاحياء والتعمير .

كما استدلوا أيضا بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق » (٧٦) فدل هذا الحديث بمفهومه على أنه اذا قام شخص باحياء الأرض المقطعة لغيره لا يملكها قبل ثلاث سنين .

هذا بالاضافة الى أن حق المقطع له أسبق على الأرض المقطعة من حق العمر ، لهذا كان حق المقطع له أولى بالتقديم على العمر لها ، وبالتالي لا يملك العمر هذه الأرضى المقطعة .

الرأى الرابع :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم فاننى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الرأى الثانى القائلين بأنه اذا قام شخص باحياء الأرض الموات المقطعة لغيره قبل انقضاء الحلة المحددة للمقطع لا يملكها

(٧٢) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٢/ ٤٣٩ .

(٧٣) البحر الزخار ٧٤/٥ ، ٧٥ .

(٧٤) الروضة البهية ١٧٦/٧ .

(٧٥) صحيح البخارى (باب من أحيأ أرضا مواتا) ٣/ ١٤٠ .

(٧٦) بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ .

ذلك المحيى ، لأن هذا يؤدى الى التنازع والمتشاحن بين الناس ، وطالما لم يظهر اعراض من المقطع له عن الاصلاح والتعمير فبأى وجه يستحق الغير تلك الأرض المقطعة ، هذا بالإضافة لما فى هذا من التعدى على حقوق الآخرين وهذا ينافى العدالة ، كما أن فيه ابطال لقرار الامام الذى أذن للمقطع له والاقتنيات عليه ، وهذا من شأنه أن يؤدى الى حدوث فوضى فى المجتمع . والله أعلم .

المطلب الثالث

حق الحمى

الحمى يمتد فيما يذكر الباحثون الى العرب أيام الجاهلية ، حيث كان الشخص من ذوى النفوذ اذا انتجع آنذاك أرضاً خصبة ونزلها استعوى كلباً ليحمى لنفسه وخاصته مدى ما يصل اليه منها عواء الكلب من سائر الأطراف (٧٧) .

(٧٧) يقول الخطاب : « وأصل الحمى عند العرب أن الرئيس منهم كان اذا نزل منزلاً خصباً استعوى كلباً على مكان عال فحيث انتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرى فيه غيره ويرعى هو مع غيره فيما سواه ، مواهب الجليل ٤/٦ .

ويقول الامام الشافعى - رضى الله عنه - : « كان الرجل العزيز من العرب اذا انتجع بلداً مخصباً أوفى بكلب على جبل ان كان به أو نشز ان لم يكن ، ثم استعوى كلباً أوقف له من يسمع منتهى صوته بالعواء ، فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ، ويرعى مع العامة فيما سواه ويمنع هذا مع غيره لضعفى ماشيته وما أراد قربه معها . الأم للشافعى ٢٧٠/٣ ، ومختصر المزننى بهامش الأم ١٠٦/٣ .

ويقول ابن قدامة : « كانت العرب فى الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من اذا انتجع بلداً أوفى بكلب على نشز ثم استعواه ووقف له من كل

ولما جاء الاسلام نهى عن هذا النوع من الاستيلاء المجرد
الحاصل من قبل الأفراد لما فيه من التضيق على الناس ومنعهم من
الانتفاع بشيء لهم فيه حق .

فعن ابن عباس - رضى الله عنهما - أن الصعب بن جثامة أخبره
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا حمى إلا لله ولرسوله » (٧٨) .
وقال صلى الله عليه وسلم : « الناس شركاء في ثلاث في الماء
والنار والكلا » (٧٩) .

ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيثما انتهى صوته حماه من كل ناحية
لنفسه ويرعى مع العامة فيما سواه ، المغنى لابن قدامة ١٦٦/٦ .
وجاء في سبيل السلام : « وكان في الجاهلية إذا أراد الرئيس أن
يمنع الناس من محل يريد اختصاصه استعوى كلباً من مكان عال ، فالى
حيث ينتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرعاه غيره ويرعى مع غيره ،
سبيل السلام ٨٣/٣ ، ونيل الأوطار ٣٠٨/٥ .
ويقول صاحب تكملة المجموع : « فان الذى فى الجاهلية كان اذا
استولى على بلد أوفى بكلب على جبل أو على شجرة من الأرض واستمواه ،
فحيث انتهى عوائده حماه لنفسه فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيما
سواه ، وهكذا كان كليب بن وائل اذا أعجبته روضة ألقى فيها كلباً وحمى
الى منتهى عوائده » تكملة المجموع ٤٩٠/١٤ .

(٧٨) مسند الامام أحمد بن حنبل ٣٨/٤ ، وزاد في صحيح البخارى
« وقال : بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيح ، وأن عمر حمى
السرف والريذة » صحيح البخارى (باب لا حمى إلا لله ولرسوله) ١٤٨/٣
(٧٩) سبيل السلام ٨٦/٣ ، وفي مسند ابن ماجه : « المسلمون
شركاء في ثلاث في الماء والكلا والنار وثمنه حرام » سنن ابن ماجه (باب
المسلمون شركاء في ثلاث) ٨٣٦/٢ ، ومسند الإمام أحمد بن حنبل ٣٦٤/٥

تعريف الحمى :

عرفه الحطاب بقوله : « الحمى الشرعى فهو أن يحمى الامام
موضعا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة الى ذلك اما للخيل
التي يحمل عليها الناس للغزو أو لماشية الصدقة(٨٠) » .

وعرفه صاحب تكملة المجموع : « الحمى هو المنع من احياء الموات
ليتوفر فيه الكلا فقرعاه المواشى »(٨١) .

وعرفه ابن قدامة بقوله : « الحمى معناه : أن يحمى أرضا من
الموات يمنع الناس رعى ما فيها من الكلا ليختص بها دونهم »(٨٢) .

وعرفه صاحب سبل السلام بقوله : الحمى معناه أن يمنع الامام
الراعى فى أرض مخصوصة لتختص برعيها ابل الصدقة مثلا »(٨٣) .

فالقصود بالحمى : هو أن يحمى الامام من الأراضى الموات كل
ما يحقق المصلحة العامة كالحمى من أجل رعى الأغنام المستصلحة من
المضائب ، أو من أجل انشاء مكان لخيل المسلمين وركابهم التى ترصد
للجهاد فى سبيل الله أو نحوها من الأغراض .

(٨٠) مواهب الجليل للحطاب ٤/٦ ، وشرح الخرشى ٤٠/٧ ،
والشرح الكبير بهامش حاشية السبكي ٦٩/٤ ، دار احياء الكتب العربية
وشرح الزرقانى على مختصر خليل ٦٧/٧ دار الفكر بيروت ١٣٩٨ هـ -
١٩٧٨ م .

(٨١) تكملة المجموع ٤٨٨/١٤ .

(٨٢) المغنى لابن قدامة ١٦٦/٦ .

(٨٣) سبل السلام ٨٣/٣ .

الابلة على مشروعية الحمى :

هذا وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيب (٨٤) لابل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين (٨٥) . وأن أبا بكر رضى الله عنه حمى الربذة لابل الصدقة واستعمل عليها مولاة اسامة وتولى عليه قطبة بن مالك الثعلبي رضى الله عنه (٨٦) . وحمى عمر رضى الله عنه الشرف فحمى منه نحو ما حمى أبو بكر بالربذة ، وتولى عليه مولى له يقال له هنى (٨٧) .

هذا وقد ذهب فقهاء المالكية (٨٨) ، والشافعية (٨٩) ، وبعض

(٨٤) عن ابن عباس - رضى الله عنهما - عن الصعب بن جثامة الليثي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيب وقال : لا حمى إلا لله ولرسوله ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ٧١/٤ .

(٨٥) روضة الطالبين ٢٩٢/٥ .

(٨٦) تكملة المجموع ٤٨٩/١٤ .

(٨٧) عن مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب استعمل مولى له يدعى هنيثا على الحمى فقال : يا هني أضرم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مستجابة، وأدخل رب الصريمة ورب الغيبة، وإياي ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما ان يهلك ماشيتهما يرجع إلى نخل وزرع ، وإن رب الصريمة ورب الغيبة ان تهلك ماشيتهما يأتني ببينة فيقول يا أمير المؤمنين افتاركهم أنا ؟ لا أبالك ، فالماء والكلاء أيسر على من الذمب والورق وأيم الله انهم ليرون أنى قد ظلمتهم ، انها لبلادهم ومياهم قاتلوا عليها فى الجاهلية وأسلموا عليها فى الاسلام ، والذي نفسى بيده لولا المال الذى أحصل عليه فى سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبر ، الموطأ (كتاب دعوة المظلوم) ١٠٠٣/٢ .

(٨٨) مواهب الجليل ٣٠/٦ .

(٨٩) تكملة المجموع ٤٩١/١٤ .

الحنابلة(٩٠) ، والزيدية(٩١) ، والامامية(٩٢) ، الى أن تجرد الأراضى الموت من حق الحمى شرط لازم فى الاحياء •

المبحث الثالث

انتفاء كون الموت حريما للعامر

وسيكون حديثنا فى هذا المبحث فى بعض النقاط حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث •

أولاً : تعريف الحريم :

١ - تعريف الحريم فى اللغة :

جاء فى المصباح المنير : حريم الشيء ما حوله من حقوقه ومرافقه، سمي به لأنه حرم على غيره مالكة أن يستبد بالانتفاع به(١)

٢ - تعريف الحريم فى الاصطلاح :

عرف صاحب روضة الطالبين بقوله : « المواضع القريبة التى يحتاج اليها لتتمام الانتفاع ، كالطريق ومسبل الماء ونحوهما » (٢) • وعرفه صاحب الاقناع بأنه : « ما يحتاج اليه لتتمام الانتفاع بالعامر » (٣) • وعرفه صاحب مفتاح الكرامة بقوله : « الموضع القريب

(٩٠) المغنى لابن قدامة ١٦٨/٦ •

(٩١) البحر الزخار ٧٨/٤ •

(٩٢) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى ١٦٩/٢ •

(١) المصباح المنير ١٣٣/١ • طبعة دار المعارف •

(٢) روضة الطالبين ٢٨٢/٥ •

(٣) الاقناع ٧٩/٢ •

من موضع معمور ، يتوقف تمام انتفاع ذلك المعمور عليه ، ولا يلد لغير مالك المعمور عليه ظاهرا (٤) •

فالمراد بالحريم ما يمنع منه الحيى والمحتقر لاضراره ، وسمى بالحريم لأنه يحرم منع صاحبه منه ، ونحوه يحرم على غيره التصرف فيه (٥) •

ثانيا : آراء الفقهاء فى احياء حريم الأرض المعمورة :

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فى احياء الاراضى التى تعد حريما للأرض المعمورة بأى نوع من أنواع العمران ، هل يجوز للأفراد احيائها وتعميرها وتملكها بالاحياء أم لا ؟ على رأيين :

الرأى الأول :

لا يجوز للأفراد احياء الأراضى التى تعد حريما للأراضى المعمورة وبالتالي لا يجوز تملكها ، سواء أذن الامام فى ذلك الاحياء أم لم يأذن والى هذا ذهب فقهاء الحنفية (٦) ، والشافعية (٧) ، والحنابلة (٨) ،

(٤) مفتاح الكرامة ١٣/٧ • مطبعة الشورى بالقاهرة بمصر ١٣٢٦ هـ

(٥) تكملة المجمع ١٤/٤٧٠ •

(٦) جاء فى تبين الحقائق : « ولا يجوز احياء ما قرب من الصامر لتحقيق حاجتهم اليه تحقيقا أو تقديرا ٠٠٠ وعلى هذا قالوا ليس للامام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه » تبين الحقائق ٣٦/٦ •

(٧) وجاء فى حاشية البرماوى : « ولا يملك بالاحياء ما كان حريما لمعمر وهو ما يحتاج لأجله » حاشية البرماوى ص ٢٢٧ • طبعة بولاق بمصر ١٢٩٨ هـ •

(٨) ويقول ابن قدامة : « وما قرب من الصامر وتعلق بمصالحه من طرق ومسبل ماء ومطرح قمامته وملقى تراشه وآلاته فلا يجوز احياءه بغير خلاف فى المذهب » المغنى لابن قدامة ٣/٣٥١ •

والامامية(٩) •

وقد استدلل أصحاب هذا الرأي بقوله صلى الله عليه وسلم :
 « من أحيا أرضاً ميتة فهي غير حق مسلم فهي له » مفهوم هذا الحديث
 أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالاحياء ، ولأنه تابع للمملوك (١٠) •
 هذا بالإضافة أننا لو قلنا بجواز احياء ما قرب من العامر لبطل الملك
 في العامر على أهله وسقط الانتفاع به (١١) •

ولأن الشارع قد ورد باحياء الموات وهذا من جملة العامر ، ولأننا
 لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس في أملاكهم وطرقهم وهذا لا يجوز (١٢)

الرأي الثاني:

أن حريم الأرض المعمورة لا يجوز للأفراد احيائها وتعميرها الا
 باذن الامام ، فان أذن الامام جاز للأفراد احيائها وتملكها ، لأن هذا
 التمليك لا يترتب عليه ضرر بمصالح الأرض المعمورة ، حيث لا يترتب
 عليه تعطيل الانتفاع بالمعمور • والى هذا ذهب فقهاء المالكية (١٣) •

(٩) ويقول صاحب التذكرة : « ولا نعلم خلافا بين فقهاء الأمصار.
 أن كل ما يتعلق بمصالح العامر لا يصح احياءه ولا يملك بالاحياء ، وكذا
 حريم الآبار والأنهار والعيون ، وكل مملوك لا يجوز احياء ما تعلق
 بمصالحه » التذكرة باب احياء الموات •
 (١٠) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ وشرح منتهى الإرادات ٢/٤٦٠ •
 دار الفكر •

(١١) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ •

(١٢) تكملة المجموع ١٤/٤٥٧ •

(١٣) الشرح الكبير بهامش حاشية المسوق ٤/٦٩ •

الرأى الرابع :

وأرى أن ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من عدم جواز احياء الأراضى القريبية من العامر سواء أذن الامام فى ذلك أم لا هو المراجع لما ذكروه من أدلة ، ولما فى الاحياء هذا الحريم من تعطيل الانتفاع بالمعمور حيث يتوقف عليه • والله أعلم •

ثالثا : من يملك حريم المعمور :

اتضح لنا مما تقدم أن حريم المعمور على اختلاف أنواعه لا يجوز لأحد تملكه بالاحياء والتعمير ، لتوقف الانتفاع بالأرض المعمورة التى يتبعها هذا الحريم عليه ، ولأن فى تملكه أبطال الملك فى الأرض المعمورة على المالك لها ، وهذا لا يجوز باتفاق الفقهاء •

لكن هل يعد الحريم ملكا لمالك الأرض المعمورة التى يتبعها الحريم أم أنه يعد حقا من حقوق الملك فقط ؟

للإجابة على هذا السؤال نقول : اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول :

أن حريم الأرض المعمورة على اختلاف أنواعه يكون ملكا لمالك المعمور ، فلا يجوز للغير أن يتعدى على هذا الحريم بأن يحدث تصرفا من التصرفات التى من شأنها أن تؤدى الى تفويت حق مالك المعمور فى معمره ، أو يترتب عليه الاخلال بهذا الحق •

والى هذا ذهب فقهاء الحنفية (١٤) ، وبعض فقهاء الشافعية (١٥) ،
وبعض الحنابلة (١٦) ، وبعض الامامية (١٧) واستدلوا على ذلك أن معنى
الملك موجود فيه ، لأنه يدخل مع الدار في البيع فيختص به صاحبها (١٨)

الرأى الثانى :

أن حريم الأرض المعمورة على اختلاف أنواعه لا يكون ملكا للمالك
المعمور ، وإنما يكون حقاً من حقوق المعمور يرتفق به مالك المعمور ،
تؤوقف انتفاعه بالمعمور عليه ، وبالتالي فلا يجوز للغير التعدى على
هذا الحريم بأى وجه من وجوه الاعتداء . والى هذا ذهب فقهاء
المالكية (١٩) ، والرأى الثانى عند الشافعية (٢٠) وبعض فقهاء

(١٤) جاء فى تكملة فتح القدير : « فمن أراد أن يحفر فى حريمها
منع منه كي لا يؤخذ إلى تفويت حقه ولا إخلال به ، وهذا لأنه بالحفر ملك
الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف فى ملكه ،
تكملة فتح القدير ٧٦/١٠ الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م مصطفى
الحلبى بمصر . »

(١٥) وجاء فى روضة الطالبين : « هل نقول أنه يملك تلك المواضع
وجهان ٠٠٠ أصحهما نعم كما يملك عرصة الدار بيناء الدار » روضة
التالبيين ٢٨٢/٥ .

(١٦) وجاء فى الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل : « ومن حفر
بئرا فى موات ملك حريمها ، الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٨/٢
والغنى لابن قدامة ١٥١/٦ . »

(١٧) التذكرة / باب احياء الموات .

(١٨) الغنى لابن قدامة ١٥١/٦ .

(١٩) التاج والاكلیل بهامش مواهب الجليل ٣/٦ ، وشرح الخرشي

٦٧/٧ .

(٢٠) روضة الطالبين ٢٨١/٥ .

الحنبلة (٢١) ، وبعض الامامية (٢٢) ،

وهؤلاء الفقهاء يرون أن مالك المعمور وإن كان لا يملك هذا الحريم إلا أنه أحق به من غيره ، لأن الأحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها (٢٣) .

الرأي الرابع :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء مانئى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الرأي الأول القائلين بأن حريم المعمور يكون مملوكا للملك المعمور ملكية تمكنه من تمام الانتفاع بالمعمور الذى يتبعه هذا الحريم . فلا يجوز للغير تملك هذا الحريم بالأحياء والتعمير أو أحداث أى تصرف من شأنه أن يعطل الانتفاع بالمعمور الذى يتبعه هذا الحريم

رابعا : تحديد الحريم :

تحديد الحريم أو بيانه يكون عن طريق بيان المساحة أو المسافة التى عند نهايتها ينتهى حريم المعمور ، بحيث يجوز للأفراد تملك ما بعده من الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها . وفقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا فيما بينهم هل التحديد يكون بمقادير وأرقام موقته بغض النظر عن الظروف المكانية والزمانية لمتعلق الحريم ، أم يكون ذلك منوطا بالحاجة الفعلية والظرف المعين حسبما يقضى به العرف وتقضى به العادة ؟

(٢١) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ .

(٢٢) حاشية شرح اللمعة ٢٥٣/٢ .

(٢٣) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ ، وروضة الطالبين ٢٨١/م .

والفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول :

أن التحديد يكون بمقادير وأرقام مؤقتة بغض النظر عن الظروف الزمانية والمكانية لمتعلق الحريم ، ويتمثل هذا التحديد أكثر ما يتمثل في العيون والآبار ، فقد حدد الحنفية (٢٤) في الأصح عندهم ، وأكثر الحنابلة (٢٥) ، والامامية (٢٦) في الأرض الصلبة في القول المشهور عندهم حريم العين بخمسائة ذراع من كل جانب . لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من مكان يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع ينزل فيه المسافر والدواب ، ومن موضع يجرى فيه إلى المزارع والمراعي ، فلهذا يقدر بالزيادة (٢٧) .

(٢٤) جاء في بدر المتقى : « وحريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب في الأصح » بدر المتقى في شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر ٥٥٩/٢ سبل السلام ٨٦/٣ .

ويرى القدوري من فقهاء الحنفية تحديد حريم العين بثلاثمائة ذراع . اللباب ص ٢٢١ طبعة محمد علي صبيح بمصر ١٣٤٦هـ - ١٩٢٧م ويقول الاترازي تعقيباً على هذا القول : والأصح عندي خمسمائة لأنه يوافق الحديث والتقدير بثلاثمائة بالاجتهاد حتى يامن الضرر بإثبات هذا القدر من الحريم ، والبناءة في شرح الهداية ٤٤٢/٩ .

(٢٥) وجاء في شرح منتهى الإرادات : « وحريم عين وقناة حفرتا بموات خمسمائة ذراع » شرح منتهى الإرادات ٤٦٣/٢ .

(٢٦) وجاء في شرائع الإسلام : « وللعين ألف ذراع في الأرض الرخوة وفي الصلبة خمسمائة ذراع » شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ١٦٩/٢ .

(٢٧) مجمع الأنهر ٥٥٩/٢ .

وايستبدلوا على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « حريم العين خمسمائة ذراع » (٢٨) وعلى هذا فلا يجوز لأحد أن يحفر في هذه المساحة عينا أو بئرا ولا يبنى فيها ولا يزرع ، ولصاحب العين منعه من ذلك ، لأن هذه المساحة صارت ملكا له حتى يتسنى له الانتفاع بما حفر بئرا أو عين (٢٩) .

كما حدد الامام أبو حنيفة - رضى الله عنه - حريم البئر بأربعين ذراعا ، سواء أكانت البئر للعن أم كانت للناضح (٣٠) .

واستدل على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من حفر بئر فله ما حولها أربعون ذراعا » (٣١) .

ولأن جاهر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر إلا بما حولها ، لأنه

(٢٨) بدائع الصنائع : ٣٨٥٣/٨ ، ومجمع الأنهر ٥٥٩/٢ .

(٢٩) البناية في شرح الهداية ٤٤٤/٩ .

(٣٠) العن والمعن : مناخ الأمل ومبركها ، والمراد ببئر المعن

التي يخرج ماؤها باليد .

والناضح : هو البئر الذي يعلق على البئر لاستخراج الماء منها ، والمراد ببئر الناضح البئر التي يخرج ماؤها بالبئر أو غيره من الحيوانات

حاشية الشلبي بهامش تبين الحقائق ٣٦/٦ .

(٣١) عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« حريم البئر أربعون ذراعا من حولها كلها لأعطان الأبل والغنم وابن السبيل أول شارب ولا يمنع فضل ماء فيمنع به الكلأ » مسند الامام

أحمد ٤٩٤/٢ وعن عبد الله بن مغفل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

« من حفر بئرا فله أربعون ذراعا عطنا لما شربته ، سنن ابن ماجه (باب

حريم البئر) ٨٣٦/٢ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

وفي رواية : « من احتفر بئرا فليس لأحد أن يحفر حوله أربعين

ذراعا عطنا لما شربته » سنن البرامي (باب في حريم البئر) ٥٥٩/٢ .

(٢٩ - شريعة)

يحتاج الى أن يقف على شفير البئر ليستقي الماء والى أن يبنى على شفير البئر ما يركب عليه البكرة والى أن يبنى حوضا يجتمع فيه الماء والى موضع تتقف مواشيه حالة الشرب ويعدده ، فقصره الشرع بأربعين (٣٢) •

وحدد الصحابان حریم البئر العطن بأربعين ذراع ، وحریم البئر الناضح بستين ذراع (٣٣) والى هذا ذهب فقهاء الامامية (٣٤) •

واستدل أصحاب هذا الرأى بقول النبی صلی الله عليه وسلم : « حریم العين خمسائة ذراع ، وحریم بئر العطن أربعون ذراعا ، وحریم بئر الناضح ستون ذراعا » (٣٥) •

وانما فرق أصحاب هذا الرأى بين حریم البئر العطن وحریم البئر الناضح فقصدوا بالزيادة في البئر الناضح عنه في البئر العطن • لأنه في البئر الناضح قد يحتاج الى يسير دابته للاستقاء ، وقد يطول الحبل ، وبئر العطن الاستقاء منه باليد فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت بين بئر العطن وبئر الناضح (٣٦) •

(٣٢) تبين الحقائق ٣٦/٦ •

(٣٣) يقول الكاساني : « وحریم البئر العطن أربعون ذراعا بالاجماع نطقت به السنة ، قال النبی عليه الصلاة والسلام : « حریم بئر العطن أربعون ذراعا » وأما حریم بئر الناضح فقد اختلف فيه ، عند أبي حنيفة - رحمه الله - أربعون ذراعا وعنهما ستون ذراعا ، احتججا بما روى عن النبی صلی الله عليه وسلم أنه قال : « وحریم بئر الناضح ستون ذراعا » بنافع الصنائع ٣٨٥٤/٨ •

(٣٤) جاء في شرائع الاسلام : « وحریم البئر العطن أربعون ذراعا وبئر الناضح ستون ، شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجفري ١٦٩/٢ (٣٥) تبين الحقائق ٣٦/٦ •

(٣٦) للبنایة في شرح الهداية ٤٣٩/٩ ، وتبين الحقائق ٣٦/٦ •

ويروى الطحاوى من فقهاء الحنفية أن حريم البئر المعطن الى منتهى الحبل حتى ولو تجاوز أربعون ذراعا ، وحريم البئر الناضح الى منتهى الحبل حتى ولو كان أكثر من ستين ذراع (٣٧) •

وهناك رأى ثالث أن حريم البئر مطلقا أى سواء كانت بئرا للمعطن أو بئرا للناضح عشرة أذرع من كل جانب (٣٨) •

أما الإمام أحمد - رضى الله عنه - فقد حدد حريم البئر المحدثه بخمس وعشرون ذراعا من كل جانب ، وحريم البئر القديمة خمسون ذراعا من كل جانب (٣٩) •

واستدل على ذلك بما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال : السنة فى حريم البئر المعادى خمسون ذراعا والبدي خمسة وعشرون (٤٠) •

(٣٧) قال الطحاوى فى مختصرة : « من حفر بئر للمعطن فى أرض ميتة ٠٠٠ فله حريمها من كل جانب من جوانبها أربعون ذراعا ، الا أن يكون الحبل يتجاوز أربعين فيكون الى ماينتهى اليه الحبل ، وإن كان بئر ناضح فحريمها ستون ذراعا من كل جانب من جوانبها الا أن يكون الحبل يتجاوز الستين فيكون الى منتهى حبلها ، حاشية الششيخ أحمد الشلبى بهامش تبين الحقائق ٣٦/٦ •

(٣٨) تبين الحقائق ٣٦/٦ ثم يرد صاحب تبين الحقائق على هذا الرأى بقوله : « والصحيح أن المراد أربعون ذراعا من كل جانب ، لأن المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر آخر بئرا بجانبها فيتحول ماء البئر الأولى الى الثانية ، ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب ، فيقدر بأربعين كيلا تعطل عليه المصالح » تبين الحقائق ٣٧/٦ •

(٣٩) يقول صاحب الكافى : « والمنصوص عن أحمد - رضى الله عنه - أن حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا من كل جانب ومن سبق الى بئر عادية فاحتفرها فحريمها خمسون ذراعا من كل جانب ، الكافى فى فقه الاثنام أحمد بن حنبل ٤٣٨/٢ •

(٤٠) المرجع السابق •

كما حدد البعض من هؤلاء الفقهاء حريم غير العين والبئر ، ولكن اكتفينا بهذا حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث .

الرأى اثنائى :

لا يحدد الحريم على اختلاف أنواعه بمقادير معينة ، بل يكون ذلك منوطا بالحاجة الفعلية والظرف المعين حسبما قضى به العرف وتقضى به العادة . وليس هذا الحكم قاصرا على العين والبئر ، بل يشمل أيضا أشياء كثيرة كالنهر والقناة والأشجار والأراضى المسكونة وغير ذلك .

والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية (٤١) ، والمالكية (٤٢).

(٤١) جاء فى اللباب : « من حفر بئر فى برية موات فله حريمها على تقدير الحاجة . من كل الجوانب » اللباب فى شرح الكتاب ص ١٧٤ .
(٤٢) . يقول الشيخ الدردير - رضى الله عنه - : « فاذا عمرو جبهة فلهما اختصاصا بها وبحريمها ، وحريمها ما يمكن الاحتطاب منه والبرعى فيه على العادة من الذهاب والاياب مع مراعاة المصلحة والارتفاع بالحيط . وحلب الدواب ونحو ذلك » الشرح الصغير بأسفل بلفة السالك ١٨٣/٣ ، والشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٦٧/٤ .

ويقول القاضى عياض : « حريم البئر ما يتصل بها من الأرض التى من حقها أن لا يحدث فيها ما يضر بها لا باطنا من حفر بئر ينشف ماءها أو يذهبها أو يغيره بطرح نجاسة يصل إليها وسخها ولا ظاهرا كالبناء » الشرح الصغير بأسفل بلفة السالك ١٨٤/٣ .
وقال ابن شابس : « أما البئر فليس لها حريم محدد لاختلاف الأرض بالرخا والصلابة ، ولكن حريمها ما لا ضرر معه عليها ، وهو مقدار ما لا يضر بمائها ولا يضيق مناخ أهلها ولا مرايض مواشيها عند الورد » شرح الخرشى ٦٨/٧ .

ويقول الخرشى : « حريم النار المحفوفة بالموات . . . ما يترفق به أهلها من مكان يطرح فيه ترابها ويسيل فيه ماء ميازيها » المرجع السابق

والشافعية(٤٣) ، وبعض فقهاء الحنابلة(٤٤) وابن حزم(٤٥) ، وبعض

ويقول الشيخ الدردير - رحمه الله - في حريم الشجر : « وما فيه مصلحة عرفا لشجرة من نخل أو غيرها فلو بها منع من أراد أحداث شيء يقربها يضربها من بناء أو غرس أو حفر بئر ونحو ذلك » الشرح الصغير بأسفل بلفة السالك ١٨٤/٣ .

(٤٣) وجاء في روضة الطالبين : « حريم القرى المعينة ما عولها من مجتمع أهل النادى ومركضى الخيل ومناخ الابل ومطرخ الرهاد والسماذ وسائر ما بعد من مرافقها » « وحريم الدار فى الموات : مطسرج التمراب والرماد والكتناسات والثلج » « والبئر المحفورة فى الموات خزيمها الموضع الذى يقف فيه النازح وموضع الدولاب ومتروك البهنية ان كان الانتيفاء بهما ومصب الماء والموضع الذى يجتمع فيه لسقى المشاشنة والزرع من حوض ونحوه ، والموضع الذى يطرح فيه مايخرج منه ، وكل ذلك غير محدد ، وانما هو بحسب الحاجة كذا قال الشافعى والاختصاص رضى الله عنهم » ثم يقول صاحب روضة الطالبين عقب كل ذلك : « ولم ير الشافعى رضى الله عنه التحديد ، وحمل اختلاف روايات الحديث فى التحديد على اختلاف القدر المحتاج اليه » روضة الطالبين ٢٨٣/٥ .

وأما القناة ... فحريمها القدر الذى لو حفر فيه لنقص ماؤها ، أو خيف منه انهيار وانكباس ، ويختلف ذلك بصلاية الأرض ورخاوتها ، روضة الطالبين ٢٨٣/٥ ، ٢٨٤ .

ويقول صاحب تكملة المجموع : « وحريم النهر وهو ملقى الطين وما يخرج منه من التبن ويرجع فى ذلك الى أهل العرفه فى الموضع ، تكملة المجموع ٤٤٦/١٤ .

(٤٤) يقول القاضى وأبو الخطاب : ليس هذا على طريق التحديد ، بل حريمها فى الحقيقة ما يحتاج اليه فى ترقية ما فيها منها ، فان كان بدولاب فقد ملأ الثور أو غيره ، وان كان بساقية فيقدر طول البئر

فقهاء الامامية (٤٦) •

لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « حریم البئر مد رشائها ، ولأنه المكان الذي تمشى اليه لبهيمة ، وإن كان يستقى بيلم منها فيقتدر ما يحتاج اليه الواقف عندها ، وإن كان المستخرج عنها فحريمها القدر الذي يحتاج اليه صاحبها للانتفاع ولا يستنصر بأخذه منه ولو كان ألف ذراع ، وحریم النهر من جانبيه ما يحتاج اليه لطرح كمرابته بحكم العرف وذلك أن هذا إنما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها ، الشرح الكبير للمقدس ١٦٣/٦ مطبوع مع المغنى لابن قدامة •

والحديث أخرجه ابن ماجة في سننه عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « حریم البئر رشائها » سنن ابن ماجة (باب حریم البئر) ٨٣١/٢ •

ويقول ابن قدامة : « وإذا كان لانسان شجرة في موات فله حريمها قدر ما تمس اليه أعضانها حواليتها وفي النخلة مد جريدها » الشرح الكبير للمقدس ١٦٥/٦ •

(٤٥) ويقول ابن حزم : « ومن ساق ساقية أو حفر بئرا أو عينا فله ما سقى كما قدمنا ولا يحفر أحد ، بحيث يضر بتلك العين أو تلك البئر أو بتلك الساقية أو ذلك النهر ، أو بحيث يجلب شسيتها من ماؤها عنها فقط ، لا حریم لذلك أصلا غير ما ذكرنا ، لأنه إذا ملك تلك الأرض فقد ملك ما فيها من ماء فلا يجوز أخذ ماله بغير حق » المحلى لابن حزم ٢٣٩/٨ •

(٤٦) وجاء في كتاب فقه الامام جعفر الصادق : « والذي أراه أن الحریم يقدر بحسب الحاجة والمصلحة وهي تختلف باختلاف البلدان والأزمان ، وأما النص الوارد في تحديد الطرق وما اليه فيحمل على ما دعت اليه الحاجة والمصلحة في ذلك العهد » فقه الامام جعفر الصادق ٥٠/٥ •

الرأى الرابع :

والذى أميل الى ترجيحه هو ما ذهب اليه أصحاب الرأى الثانى القائلين بعدم التحديد للحريم المعمور أيا كان نوع المعمور ، وانما يترك هذا للعرف والعادة ، وحسب ما تقتضيه الحاجة اليه ، وذلك لما يأتى :

أولا : أن الآثار التى وردت فى التحديد والتى أغلبها منصبة على العميون والآبار وما يلحق بها من قنوات أخبار مرسلة ومطمون فى سندها (٤٧) .

(٤٧) ساق ابن حجر - رضى الله عنه - فى بلوغ المرام الحديث الذى احتج به الامام ابو حنيفة على تحديد الحريم للبئر بأربعين ذراعا وقال : رواه ابن ماجه باسناد ضعيف : ونصه عن عبد الله ابن مغفل - رضى الله عنه - أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من حفر بئر فله أربعون ذراعا عطنا لماشيته » رواه ابن ماجه باسناد ضعيف ، وعلق عليه الصنعانى - رحمه الله تعالى - فقال لأن فيه اسما عيل بن مسلم ، وقد أخرجه الطبرانى من حديث أشعث عن الحسن . وفى الباب عن أبى هريرة عند أحمد « حريم البئر البدنى خمسة وعشرون ذراعا وحريم البئر العادى خمسون ذراعا » وأخرجه الدارقطنى من طريق سعيد بن المسيب وأعله بالارسال ، وقال : من أسنده فقدوهم ، وفى سنده محمد بن يوسف المقرئ شيخ شيخ الدارقطنى وهو متهم بالوضع ، ورواه البيهقى من طريق يونس عن الزهرى عن ابن المسيب مرسلا وزاد فيه حريم بئر الزراعة ثلثمائة ذراع من نواحيها كلها » وأخرجه الحاكم من حديث أبى هريرة موصولا ومرسلا ، والموصول فيه عمر بن قيس وهو ضعيف .

ثم قال الصنعانى : وظاهر حديث عبد الله أن العلة فى ذلك هى ما يحتاج اليه صاحب البئر عند سقى إبله لإجتماعها على الماء ، وحديث

ثانيا : أن أغلب الأخبار المذكورة متضاربة مع بعضها في التقدير
فمثلا منها يحدد حريم البئر مطلقا بأربعين (٤٨) ذراعا أو بخمسين (٤٩)
ومنها ما يحدد البئر العطن بأربعين (٥٠) والناضح بخمسين (٥١)
أو ستين (٥٢) ومنها ما يحدد البئر المحدثه بخمس وعشرين (٥٣)
أو بأربعين (٥٤) .

والمعادية بخمسين (٥٥) أو بأربعين (٥٦) وهكذا ، ومثل هذا نجده
بالنسبة الى العيون حيث تتراوح التقادير فيها بين المائتين والالف (٥٧) .

أبي هريرة دال على أن العلة في ذلك هي ما يحتاج اليه البئر لثلا تحصيل
الضرة عليها بقرب الاحياء منها . ولذلك اختلف الحال في البسدي
والعادي ، والجمع بين الحديثين أنه ينظر ما يحتاج اليه ، اما لأجل السقي
للماشية أو لأجل البئر . انظر سبل السلام ٨٥/٣ .
(٤٨) تبين الحقائق ٣٦/٦ ، ومجمع الأنهر ٥٥٩/٢ .
(٤٩) الخراج ليعبي بن آدم القرشي ص ١٠٦ .
(٥٠) البناية في شرح الهداية ٤٣٦/٩ ، وتكملة فتح القدير ٧٣/١٠
(٥١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٨٢ . مطبعة مصطفى
الحلبي بمصر ١٩٦٠ م .

(٥٢) بدائع الصنائع ٣٨٥٤/٨ .
(٥٣) الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٨/٢ ، والمحلى
لابن حزم ٢٣٩/٨ .
(٥٤) سبل السلام ٨٥/٣ .
(٥٥) تكملة المجموع ٤٧٠/١٤ ، وسبل السلام ٨٥/٣ .
(٥٦) المسالك / احياء الموات .
(٥٧) بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ ، والبناية في شرح الهداية ٤٣٨/٩
والمحلى لابن حزم ٢٣٩/٨ ، وشرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري
١٦٩/٢ .

ثالثا : أن في التمهيد بأذرع معينة لا يتفق وبعض أنواع المعمور،
كمثلا بالنسبة للآبار والعيون قد تكون بعض الأراضي صلبة تمسك
بمائها ولا تسمح له بالتسرب لمكان آخر ولو كان قريبا ، وبعضها رخوة
لا تمسك الماء وتسمح له بتسربه لمكان آخر ولو كان بعيد .

رابعا : هذا بالإضافة الى أن تصديق حريم المعمور بالأذرع
لا يفيد في عصرنا الحديث فإذا أريد إنشاء قرية أو مدينة فيترك تحديد
الطرق وجميع المرافق الى معرفة المهندسين ، وما يراه أهل الاختصاص
من المصلحة ، وليس من شك أن الشرع يقر كل ما فيه الخير والنفع
للصالح العام . وأن روايات الحديث حددت المرافق بما يتفق وذاك
العصر حيث لا سيارات ولا مطارات .

من أجل ذلك كله رجحت ما ذهب اليه أصحاب الرأي الثاني
المقائلين بعدم تحديد حرم المعمور بأذرع معينة ، بل يترك ذلك للعرف
والعادة ما تقضيه الحاجة . والله أعلم .

الفصل الثاني

الاحكام التي تتعلق باحياء الموات

ويتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

احياء أرض الموات التي سبق احيائها

الأراضي الموات التي نريد احيائها تنقسم الى قسمين :

القسم الأول : أن تكون الأرض الموات بكرة لم تنتقل الى الأفراد
بأى سبب من أسباب الانتقال .

القسم الثاني : أن تكون الأرض الموات غير بكر بأن تكون نقلت
الى الأفراد بالاحياء •

فبالنسبة للقسم الأول فان الفقهاء على اختلاف مذاهبهم اتفقوا
على جواز شرعية احياء الأراضى الموات متى توافرت الشروط التى
سبق الحديث عنها أما بالنسبة للقسم الثانى فان الفقهاء اختلفوا فى
جواز شرعية احياء الأرض الموات التى سبق احيائها على ثلاثة آراء:

الرائ الأول :

أن الحقوق المكتسبة بالاحياء تسقط بعد صيرورة الأرض مواتا
وللغير الحق فى استغلال هذه الأراضى واستثمارها بأى طريقة من طرق
الاستثمار والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(١) ، وبعض المالكية(٢) ،
وبعض الامامية(٣) •

واستدلوا على ذلك بعموم قول النبى صلى الله عليه وسلم :

(١) جاء فى تبين الحقائق : « ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره
قيل : الثانى أحق بها ، لأن الأول ملك استغلالها دون رقعها » تبين
الحقائق ٣٥/٦ • وقد نسب هذا القول الى أبى القاسم البلخى • البناءة
فى شرح الهداية ٤٢٧/٩ •

(٢) جاء فى مواهب الجليل : « من أحيأ أرضاً ميتة ثم تركها حتى
دثرت وطال زمانها وملكت اشجارها وتهلكت آثارها وعادة كأول مرة
ثم أحيأها غيره فهي لمحبيها آخر » ثم يقول ابن يونس : وهذا قياسا على
الصبيد اذا أفلت ولحق بالوحش وطال زمانه فهو للثانى ، مواهب الجليل
للحطاب ٣/٦ •

(٣) وجاء فى كتاب فقه الامام جعفر الصادق : « يجوز للثانى
احيائها ، لأن الأول لم يملك رقبة الأرض بالاحياء وانما يملك التصرف
ويكون أولى من غيره » فقه الامام جعفر الصادق ٤٩/٦ •

« من أحيا أرضاً ميتة فهي له » (٤) • وبما روى عن أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب - رضى الله عنه - أنه قال : « أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين » • فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها ، فإن تركها فأخذها رجل آخر فعمرها وأحياها فهو أحق بها (٥)

هذا بالإضافة الى أن المصطفى لا يملك رقبة الأرض حتى لا يستطيع غيره نزعها منه بعد تركها بدون عمارة ، وإنما هو يملك الانتفاع فقط ، ومن ثم فإذا تركها حتى صارت كما كانت عليه من الحالة الأولى من الموات فأحياها شخص آخر كانت له •

كما أستدل أصحاب الرأى الأول أيضا بما روى عن قيس بن الربيع عن الضبي عن أبيه قال : جاء رجل الى على رضى الله عنه فقال : أتيت أرضاً قد خربت وعجز عنها أهلها فكرت أنهاراً وزرعتها ، قال : كل هنيئاً ، وأنت مصلح غير مفسد ، معمر غير مخرب (٦) •

ولأن الأصل أن هذه الأرض مباح ، فإذا تركت حتى تصير مواتاً عادت الى الإباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه (٧) ولأنه موات فجاز إحياءه كسائر الأموات ، لأن حقيقة الأموات ما صار بعد الأحياء مواتاً (٨) •

(٤) سنن الترمذى ٦٥٥/٣ ، ومسند الإمام أحمد بن حنبل

• ٣٨١ ، ٣٥٦ ، ٣٣٨/٣

(٥) المرجع السابق •

(٦) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص ٦٣ •

(٧) المغنى لابن قدامة ومعه الشرح الكبير ١٤٨/١ •

(٨) تكملة المجموع ٤٦٢/١٤ •

الرأى الثانى :

أن الحقوق المكتسبة بالاحياء لا تسقط حتى ولو عادت الأرض الى الموات مرة أخرى وإلى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٩) ، وبعض المالكية(١٠) ، والشافعية(١١) ، والحنابلة(١٢) ، والظاهرية(١٣) ،

(٩) جاء فى تبیین الحقائق : « والأصح أن الأول احق بها لأنه ملك رقبته بالاحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك » تبیین الحقائق ٣٥/٦ .

(١٠) يقول الشيخ السردير : « وقيل لا تكون للشانى أبدا بل لمن أحياها ولو طال الزمن قياسا على من ملكها بشراء أو ارث أو هبة أو صدقة فاندرسبت فانها لا تخرج عن ملكه ولا كلام لمن أحياها اتفاقا » الفرح الصغير ١٨٣/٣ بأسفل بلغة السالك . وبمثل هذا قال سمحون ورد على من قاصبه على الصيد بقوله : « أن الفرق بين الأرض والصيد ، أن الصيد لو ابتاعه ثم نفر ولحق بالوحش لكان لمن صاده بعده ، ولا خلاف أن من اشترى أرضا ثم تبورت فأحياها غيره بعده فانها لمن اشترأها دون من أحياها » المنتقى ٣١/٦ .

(١١) جاء فى تكملة المجموع : « ما كان فى الأصل عامرا من بلاد الاسلام ثم خرب حتى ذهبت عمارته واندرسبت آثاره فصار مواتا . . . فمذهب الشافعى فيها أنه لايجوز أن يملك بالاحياء سوف عرف اربابه أو لم يعرفوا » تكملة المجموع ٤٦٢/١٤ .

(١٢) جاء فى شرح منتهى الارادات : « وان ملك باحياه ثم ترك حتى دثر وعاد مواتا لم يملك باحياه ان كان لمعصوم » شرح منتهى الارادات ٤٥٩/٢ .

(١٣) يقول ابن حزم : « وأما ما ملك يوما باحياه أو بغيره ثم دثر وأشفر حتى عاد كأول حالة فهو ملك لمن كان له ، لايجوز لأحد تملكه بالاحياء أبدا » المحلى لابن حزم ٣٣٣/٨ .

والزيدية (١٤) ، والامامية في قول عندهم (١٥) ،

واستجتلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

أولا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه » (١٦) وهذا مال مسلم .

ثانيا : ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد فهو أحق بها » (١٧) فجعل زوال الملك عن الموات شرطا في جواز ملكه ، ودل على أن ما جرى عليه ملك لم يجز أن يملك بالاحياء .

(١٤) البحر الزخار ٧٢/٤ .

(١٥) جاء في فقه الامام جعفر الصادق : « من أحيا أرضا ثم تركها حتى عادت مواتا كما كانت فهل يجوز لغيره احياؤها قال جماعة من الفقهاء لا يجوز لأن الأول قد ملكها بالاحياء ، والأصل بقاء الملك حتى يثبت السبب الناقل ، وليس الخراب من الأسباب الناقلة » فقه الامام جعفر الصادق ٤٩/٦ .

(١٦) كنوز الحقائق في حديث خير الخلائق ١٨٢/٢ مطبوع بأسفل الجامع الصغير للسيوطي . وجاء في مسند الامام أحمد عن عمرو بن يثرب الضمري قال : شهدت خطبة النبي صلى الله عليه وسلم بمنى فكان فيما خطب به أن قال : « ولا يحل لامرئ من مال أخيه الا ما طابت به نفسه ، قال : فلما سمعت ذلك قلت يا رسول الله أريت لو لقيت غنم ابن عمي فاختلت منها شاء فأحترزتها على في ذلك شيء ، قال : ان لقيتها نعيجة تحمل شفرة وازنادا فلا تمسها » مسند الامام أحمد بن حنبل ١٦٣/٥ .

(١٧) السنن الكبرى للبيهقي ١٤٢/٦ « باب من أحيا أرضا ميتة ليس لأحد ولا في حق أحد فهي له » دار الفكر .

ثالثا : ما روى عن اسامة بن مضر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من سبق الى ما لم يسبقه مسلم فهو له ، فخرج الناس يتعاهدون يتخاطون » (١٨) . وهذا نص ، ولأنها أرض استقر عليها ملك أحد المسلمين ، فلم يجوز أن تملك بالاحياء ، ولأن ماصار مواتا من عامر المسلمين لم يجوز احياءه بالتملك كالأوقاف والمساجد (١٩)

رابعا : ولأن الأول ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث « فهي له » اذ الاضافة بلام التملك لا يزول بالترك ، كمن أخرج داره أو عطل بيستانه وتركه حتى مرت عليه سنين فإنه لا يخرج من ملكه (٢٠)

خامسا : أن هذه أرض يعرف ما لكها فلم تملك بالاحياء (٢١) .
ولأن ملك المحيي أولا لا يزول بالترك كسائر الأملاك (٢٢) .

هذا وقد رد أصحاب هذا الرأي على الخبر الذي استدلل به أصحاب الرأي الأول وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهي له » وقالوا أن استدلالهم بهذا الحديث دليل عليهم لأن الأول قد أحياها ، فوجب أن يكون أحق بها من الثاني — لأمرين : الأول : أنه سبق ، والثاني أن ملكه قد ثبت باتفاق (٢٣) .

وأن هذا الخبر مقيد بخبر المملوك بقوله في الرواية الأخرى : « من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد » وقوله « في غير حق مسلم » وهذا

-
- (١٨) نيل الأوطار ٣٠٢/٥ والمعادة الاسراع بالسير ، والمراد بقوله يتخاطون يعملون على الأرض علامات بالخطوط .
(١٩) تكملة المجموع ٤٦٢/١٤ ، ٤٦٣ .
(٢٠) البناية في شرح الهداية ٤٢٧/٩ .
(٢١) الخنيز لابن قدامة ١٤٨/٦ .
(٢٢) شرح منتهى ٤٥٩/٢ .
(٢٣) تكملة المجموع ٤٦٣/١٤ .

يوجب تقييد مطلق الحديث • وقال هاشم بن غروة في تفسير قوله عليه الصلاة والسلام : « وليس لعرق ظالم » الظالم أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها • ذكره سعيد بن منصور في سننه (٢٤)

الراى الراجع :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم فاننى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الراى الأول الذى يقضى بإعطاء الحق للغير في احياء الأراضى التى تركها صاحبها وآلت الى الخراب والبور ، وذلك استنادا الى المنصوص الذى تعطى الحق في احياء الأراضى الموات مطلقا ، أى سواء سبق احيائها وخربت أم لا ، والتى منها قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من أحيأ أرضا ميتة فهى له » •

ولأن العلة في تملك هذه الأرض الاحياء والعمارة ، فاذا زالت العلة زال المعلول وهو الملك •

هذا بالاضافة الى أنه لو أخذنا الراى الأول وقتلنا بعدم جواز احياء الأراضى الموات التى سبق احيائها لأدى ذلك الى تعطيل الانتفاع بالأرض الموات ، مع أن الشريعة الاسلامية حثت على الانتفاع بالأراضى الموات عن طريق احيائها وتعميرها بما يحقق النفع للجميع •

ولأن المحبى الأول بتركه الأرض وتعريضها للخراب والبوار دليل على اعراضه عنها وتركها لها ، وبالتالي سقط حقه في الملك • والله أعلم •

المبحث الثاني

احياء غير المؤمنين للموات

لا خلاف بين الفقهاء في تملك المسلم الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وفى نفس الوقت غير منتفع بها بأى وجه من الوجوه بالاحياء والتعمير ، وهذا الحق ثابت للمسلم سواء كان رجلا أو امرأة ، وسواء جرا. أو عبدا ، غير أن ما يملكه العبد يكون ملكا لسيده ، لأن العبد وما ملكت يداه لسيده .

ولكنهم اختلفوا فى ثبوت هذا الحق للذمى (١) على ثلاثة آراء :

الزأى الاول :

أن الذمى يحق له تملك الأراضى الموات بالاحياء والتعمير بشرط إذا أذن الإمام له بالاحياء . وإلى هذا ذهب فقهاء الحنفية (٢) ، وبعض فقهاء المالكية (٣) ، وبعض الصنابلة (٤) واستدلوا على ذلك بأن الأحاديث

(١) الذمى : هو الشخص غير المسلم الى احدى ديانات أهل الكتاب والنزى يقيم فى بلاد الاسلام قائمة دأمة ، يكون له ما للمسلم من حقوق وما عليه من واجبات ، وهو فى حرفة عقيدته ، لا يتعرض له أحد فى هذا ويعتبر من أهل دار الاسلام .

(٢) جاء فى الباب : « ويملك الذمى الموات كما يملك المسلم ، لأن الاحياء سبب الملك فهستويان فيه كسائر الأسباب الا أنه لا يملكه بدون إذن الامام اتفاقا » الباب ص ١٧٤ .

(٣) وجاء فى المواهب « قال ابن القصار : للامام أن يأذن لأهل الذمة فى الموات ، قال فى التوضيح : ولم يفرق بين قريب ولا بعيد » مواهب الجليل. للحطاب ١١/٦ .

(٤) ويقول ابن قدامة : « ولا فرق بين المسلم والذمى فى الاحياء نص عليه أحمد » المغنى لابن قدامة ٦/١٥٠ .

التي وردت في احياء الأراضى الموات جاءت مطلقة وعامة ولم تفرق بين المسلم وبين الذمي ولا تخصيص بدون مخصص ، والمطلق يجري على إطلاقه . ومن هذه الأحاديث قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » وقوله عليه الصلاة والسلام : « من أعمار أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » وغير ذلك من الأحاديث . ولأن الذميين هم من أهل دار الاسلام فلازم مساواتهم في الحكم بغيرهم من أهل هذه الدار ، ومن ذلك جواز احياء اراضى الموات وتملكها .

ولأن هذه جهة من جهات التملك فاشتراك فيها المسلم والذمي كسائر جهاته (٥) .

والأما أعيان مباحة فجاز أن يستوى في تملكها المسلم والذمي كالصيد والحطب ، ولأن من يملك الاصطياد والاحتطاب ضح أن يملك بالاحياء كالمسلم ، ولأنه سبب من أسباب التملك فوجب أن يستوى فيه المسلم والذمي كالبيع (٦) .

أراى الثانى :

أن الذمي لا يحق له احياء الأراضى الموات وتملكها حتى ولو أذن له الامام في ذلك . لأن الحق في هذه الأراضى للمسلمين ، وأذن الامام لا يقطع حقهم فيه . والى هذا ذهب فقهاء الشافعية (٧) ، وبعض

(٥) المغنى لابن قدامة ١٥٠/٦ .

(٦) تكملة المجموع ٤٦١/١٤ ، والبنابة في شرح الهداية ٤٢٨/٩ .

٤٢٩ .

(٧) جاء في تكملة المجموع : « ولا يجوز للكافر أن يملك بالاحياء في دار الاسلام ولا للامام أن يأذن له في ذلك » تكملة المجموع ٤٥٧/١٤ وجاء في معنى المحتساج : « وليس هو أى احياء الأرض المذكورة لذمي ولا لغيره من الكفار كما فهم بالاولى وان أذن له الامام لأنه استعلاء وهو منتجع في أرضنا » معنى المحتساج ٣٦٢/٢ .

فقهاء الخنابلة (٨) ، والظاهرية (٩) ، والزيدية (١٠) ،
فقهاء الخنابلة (٨) ، والظاهرية (٩) ، والزيدية (١٠) ، وبعض فقهاء
الامامية (١١) .

واستدلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

أولاً : قال عز وجل : « ان الأرض لله يورثها من يشاء من
عباده » (١٢) وقوله تعالى « ان الأرض يورثها عبادى الصالحون » (١٣) .
ونتقن لو انك لا الكفار ، فنحن الذين أورثنا الله تعالى الأرض فله الحمد
كثيراً (١٤) .

ثانياً : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « موتان الأرض لله
ولرسوله ثم هى لكم مئى » فجمع الموتان وجعلها للمسلمين فانتفى أن
يكون لغيرهم ، لأنه وجه الخطاب للمسلمين وأضاف ملك الموات إليهم
فدل على اختصاصهم بالحكم (١٥) .

(٨) - وقال ابن حامد : « لا يملك النمل بالاحياء » وقال القاضى :
... هو منسوب جماعه من أصحابنا . المبدع فى شرح المقنع ٢٤٩/٥ .
(٩) يقول ابن حزم : « ولا تكون الأرض بالاحياء الا لمسلم وأما
النمل فلا » المحلى لابن حزم ٢٤٣/٨ .
(١٠) البحر الزخار ٧٥/٤ .

(١١) جاء فى التذكرة : « اذا أذن الامام لشخص فى الموات ملكها
المحلى اذا كان مسلماً ، ولا يملكها الكافر بالاحياء ولو . باذن الامام ، فان
أذن الامام فأحيها لم يملك عند علمائنا ربه قال الشافعى ، المحلى فى
التذكرة - / اغيأ الموات .

(١٢) من الآية رقم ١٢٨ من سورة الاعراف .
(١٣) من الآية رقم ١٠٥ من سورة الانبياء .
(١٤) المحلى لابن حزم ٢٤٣/٨ .
(١٥) تكملة المجموع ٤٥٧/١٤ ، ٤٦٠ .

ثالثا : روى عن الامام الشافعى - رضى الله عنه - حديث :
« الأرض لله ورسوله ثم هى لكم منى أيها المسلمون » .

رابعا : روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يجتمع
فى جزيرة (١٦) العرب دينان » (١٧) إشارة الى اجلائهم حتى اجلاتهم
عمر رضى الله عنه من الحجاز ، فلما أمر بازالة أملاكهم الثابتة فأولى
أن يمنحوا من أن يستجيبوا أملاكا محدثة ، لأن استدامة الملك أقوى
من الاستحداث ، فاذا لم يكن لهم الأقوى فلاضعف أولى ، ولأن من
لم يقر فى دار الاسلام الا بجزية منع من الاحياء كالمجاهد ، ولأن
ما لم يملكه الكافر قبل عقد الجزية لم يملكه بعد عقد الجزية (١٨) .
خامسا : أن تملك الأرضى الموات بالاحياء للذمى فيه استيلاء
وهذا لا يجوز (١٩) .

سادسا : نقل المسبكى عن ابن الجوزى : أن موات الأرض كان
لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رده على أمته (٢٠) .
سابعا : أن موات الدار من حقوق الدار ، والدار للمسلمين فكلن
الموات لهم كمرافق المملوك لا يجوز لغير المالك احياءه (٢١) .

(١٦) جاء فى بلغة السالك : « اعلم أن الجزيرة مأخوذة من الجزر
الذى هو القطع ، ومنه الجزار لقطع الحيوان ، سميت بذلك لانقطاع
وسطها الى أجنابها ، لأن البحر محيط بها من جهاتها الثلاث التى هى
المغرب والجنوب والشرق ، ففى مغربها بحر جدة بضم الجيم وفتح الدال
مشددة ويسمى بالعزم وبحر السويس ، وفى جنوبها بحر الهند ، وفى
مشرقها خليج عمان بضم العين وتخفيف الميم ، بلغة السالك ١٨٨/٣ ،
وحاشية السوقى ٦٩/٤ ، وشرح الخرشى ٧٠/٧ .
(١٧) الموطأ ٨٩٢/٢ .

(١٨) تكملة المجموع ٤٦١/١٤ .

(١٩) مفتى المحتاج ٣٦٢/٢ .

(٢٠) حاشية البرماوى ص ٢٢٦ .

(٢١) المفتى لابن قدامة ١٥٠/٦ .

مناقشة الأدلة :

اعترض أصحاب الرأي الأول على حديث « موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم منى » بأن هذا الحديث لا نعرفه ، وإنما نعرف قوله : « عادى الأرض لله ولرسوله ثم هو لكم بعد ومن أحيا مواتا من الأرض قلله رقيبتها » هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرسل ، ثم لا يمتنع أن يكون المراد بقوله : « هي لكم » أى لأهل دار الاسلام والذى من أهل الدار تجرى عليه أحكامها (٢٢) .

واعترض أصحاب الرأي الثانى على ما استدل به الرأي من حديث « من أحيا أرضا مواتا فهي له » أن هذا الخبر وارد في بيان ما يقع به الملك ، وقوله : « هي لكم » وارد في بيان ما يقع له الملك ، فصار المفسر في كل واحد منهما فيما قصد له قاضيا على صاحبه فصار الخبران في التقدير كقوله : « من أحيا أرضا مواتا من المسلمين فهي له » . والجواب عن قياسهم على الصيد والحطب فهو أن منتقض بالغنيمة حيث لم يستو المسلم والذى فيها مع كونها أعيانا مباحة ، ثم لو سلم من النقض لكان المعنى في الصيد والحطب أن لا ضرر على المسلم فيه إذا أخذه الكافر وليس كذلك الاحياء .

لذلك لم يمنع المعاهد من الاصطياد والاحتطاب وان منع من الاحياء (٢٣) .

الرأى الثالث :

أن الذى يحل له تملك الأراضى الموات بالاحياء ولو لم يأذن له الامام اذا كانت الأراضى الموات بعيدة عن العمران بشرط أن يكون الاحياء والتعمير خارج جزيرة العرب وهى أرض الحجاز مكة والمدينة

(٢٢) الغنى لابن قدامة ١٥٠/٦ ، ١٥١ .

(٢٣) تكملة المجموع ٤٦١/١٤ .

واليمين ومن والأها ، أما الأراضى الموات القريبة من العمران فلا يجوز له احيائها وتعميرها ولو أذن الامام • والى هذا ذهب فقهاء المالكية (٢٤) واستدلوا على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا ييقن دينان بجزيرة العرب » (٢٥) •

الرأى الرابع :

بعد بيان آراء الفقهاء وأدلتهم وما ورد على بعض هذه الأدلة من اعتراضات وردود فاننى أرجح ما ذهب اليه أصحاب الرأى لقوة أدلتهم ، ولأن الذمى يعتبر من أهل البلاد الإسلامية ، فيكون له ما لنا وعليه ما علينا ، قال النبى صلى الله عليه وسلم : « فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين • لكن لابد أن يقيّد ذلك بشرط أن لا يكون فى احياء الذمى للأرض الموات ضرر على المسلمين • والله أعلم •

احياء المستأمن (٢٥) والحربى (٢٦) لأرض الموات :

اتفق الفقهاء (٢٧) على عدم جواز احياء المستأمن والحربى

(٢٤) يقول الباجي : « فاذا ثبت أن الذمى يحى فى بلاد المسلمين فان ذلك فيما بعد من العمران ، فاما فيها قرب من العمران فانه يخرج ويعطى قيمة ما عمر ، لأن ما قرب من العمران بمنزلة الفىء والذى لا حق له فى الفىء ، وكذلك ان عمر فى جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن فانه يخرج منها ويعطى قيمة عمارته » المنتقى ٢٩/٦ •

(٢٥) المستأمن : هو غير المسلم الذى يدخل الى دار الاسلام بمقد أمان لمدة مؤقتة لغرض من الأغراض السياسية أو التجارية ، وله الأمان على نفسه وولده وماله ، ويعتبر من أهل دار الحرب حكما •

(٢٦) الحربى : هو غير المسلم الذى يكون بين بلاده وبلاد المسلمين حالة حرب أو عداء ولم توقع بين البلدين معاهدات أمن أو صداقة •

(٢٧) مجمع الأنهر ٥٥٨/٢ ، مواهب التجليل ١٠/٦ ، ١١ ، روضة الطالبين ٢٧٩/٥ ، الكافي فى فقه أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ والمحلى لابن حزم ٢٤٣/٨ ، والبحر الزخار ٧٥/٥ ، الروضة الندية ١٣٥/٧ ، ٢٣٦

للأراضي الموات مطلقاً أى سواء أذن لهم الامام فى ذلك أم لا ، وسواء كان الموات قريباً من العمران أم بعيداً عنه ، لأنهم ليسوا من دار الاسلام فلا يملكان شئ* .

المبحث الثالث

ما يثبت بالإحياء من حقوق

إذا أذن الامام لأحد الأشخاص بإحياء قطعة من الأراضي الموات التى ليست ملكاً لأحد فهى تنتقل اليه ملكية هذه الأرض بكل مقوماتها من عين ومنفعة وغير ذلك ، أو أن حقه فيها لا يتعدى نطاق حق المنفعة دون ملكية العين ؟

للإجابة عن ذلك أقول — وبالله التوفيق — اختلف الفقهاء فى مدى الحق المكتسب بالإحياء على رأيين :

الرأى الأول :

أن الحق المكتسب بالإحياء هو ملكية العين ملكية تامة • وإلى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية (١) ، وفقهاء المالكية (٢) ، والشافعية (٣) ،

(١) جاء فى البناية : « أن من أحيا أرضاً ميتة هل يملك رقبته : ثم قال : وعند عامة المشايخ يملك رقبته ، البناية فى شرح الهداية ٩/٤٢٧ وجاء فى شرح العناية : « أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا فى أن أحياء الموات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة » • ثم قال « وعامتهم الى الثانى استدلالاً بالحديث » شرح العناية ٨/٧١ •

(٢) ويقول الباجي : « من أحيا أرضاً مواتاً فقد ملكها ، ولا تخرج عن يده لتعطيله لها فإن عمرها غيره فالأول أحق بها » المنتقى شرح موطأ مالك ٦/٣٠ •

(٣) ويقول صاحب تكملة المجموع : « يستحب إحياء الموات ... • تملك به الأرض » تكملة المجموع ١٤/٤٥٦ •

والحنابلة(٤) ، والزيعية(٥) ، والامامية(٦) .

واستدلوا على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضاً مواتاً فهي له » وقوله عليه الصلاة والسلام : « عادي الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم » وغير ذلك من الأحاديث التي تفيد ملكية الأرض الميتة للمحيي ملكية تامة .

الرأي الثاني :

أن الحق المكتسب بالاحياء هو حق الاستغلال فقط . أى أنه إذا أحيا شخص أرضاً مواتاً يكون له حق استغلالها والانتفاع بها فقط دون أن يملك رقبته .

والى هذا ذهب أبو القاسم البلخي(٧) من فقهاء الحنفية .

واستدل على ذلك أن هذه الأرض قبل الاجياء مباحة ، فيكون حكمها حكم المباحات ومن جلس فى مكان مباح فإن له الانتفاع به ، فإذا

(٤) يقول ابن قدامة : « وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالاحياء وإن اختلفوا فى شروطه » المغنى لابن قدامة ١٤٧/٦ .
(٥) البحر الزخار ٧٢/٤ ، ٧٣ .

(٦) وجاء فى فقه الامام جعفر الصادق : « وكل من بذل جهداً لحياء الأرض وازال الأسباب التى تحول دون الانتفاع بها فهو أحق بها من غيره ، فقه الامام جعفر الصادق ٤٧/٥ .

(٧) جاء فى البناية : « أن من أحيا أرضاً ميتة هل يملك رقبته ؟ قال بعضهم منهم أبو القاسم لا يملك وإنما يملك استغلالها ، البناية فى شرح الهداية ٤٢٧/٩ .

وجاء فى شرح العناية : « فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي رحمه الله الى الأول - أى يملك استغلالها - قياساً على من جلس فى موضع مباح فإن له الانتفاع به فإذا قام عنه وأعرض بطل حقه ، شرح العناية ٧١/١٠ .

قام عنه وأعرض بطل حقه وكان لغيره الانتفاع به فكذلك الحكم هنا (٨)
كما استدلل بحديث « فهو أحق بها » فهي إضافة التخصيص أى هو
المنتفع بها بدون ملك (٩) •

الرى الراجع :

والراجع من هذه الآراء ما ذهب اليه أصحاب الرى الأول
القائلين بملكية الأرض ملكية تامة بالاحياء، لأنها ملكها بالاحياء كما جاء
فى الحديث « فهي له » اد الاضافة فيه بلام التملك •

الفصل الثالث

طرق احياء الأرض الموات

اتفق الفقهاء على أن احياء الأرضى الموات التى ليست ملكا لأحد
وغير منتفع بها يكون بكل وسيلة جرى العرف والعادة على اعتبارها
احياء وانتفاعا بالأرض، سواء نان ببنائها مساكن أو حظائر لمنافع خاصة
أو عامة ، بتهيئتها واعدادها للزراعة وما الى ذلك مما تقتضيه مصالح
الناس وتتطلبه رغبتهم • فأى وسيلة مشروعة تحقق لهم ذلك كانت
موافقة لغرض الشارع •

اذن فالمرجع فى ذلك الى الأعراف والعادات السائدة وقت الاحياء
فان من نهج الشريعة الغراء فيما لم يرد به نص أو فيما لم تكن فيه
حقيقة شرعية رد الناس الى المعهود عندهم المتعارف بينهم •
جاء فى تكملة المجموع : « يختلف الاحياء باختلاف المقصود
منه ، ولما كان الشارع قد أطلق الاحياء ولم يجده ، ولما كان ليس

(٨) شرح العناية ٧٠/١٠ •

(٩) البناية فى شرح الهدية ٤٢٧/٩ •

للأحياء في اللغة هذا ويجب الرجوع الى الحرف كالحرز والقبض ،
وضابطه تهئية الشيء لما يقصد منه غالبا . فان أراد مسكنا نظرت الى
الحرف المشاع في المكان الذي يجري فيه الاحياء سكنا كتحويطه بالآجر
أو اثلبن أو القصب على عادة المكان « (١) » .

وقال الإمام الشافعي - رحمه الله - : « وانما يكون الاحياء
ما عرفه الناس احياء لمثل الحيا ان كان مسكنا فانه يبنى بمثل يبنى
به مثله من بنيان حجر أو لبن ، أو مدر يكون مثله بناء ، وهكذا ما احياء
الآدمي من منزل له أو نجواب من حظائر أو غيره فأحياء ببناء حجر
أو مدر أو يماء لأن هذه العمارة بمثل هذا « (٢) » .

وجاء في روضة الطالبين : « قال الأصحاب : المعتبر ما يعز احياء
في الحرف ويختلف باختلاف ما يقصد به وتفصيله بمسائل :

احداها اذا أراد المسكن ، اشترط التحويط بالآجر أو اللبن أو
الطين أو القصب أو الخشب بحسب العادة ، ويشترط أيضا تسقيف
البعض ونصب الباب على الصحيح فيهما .

الثانية : اذا أراد زريبة للدواب أو حضيرة يجفف فيها الثمار
أو يجمع فيها الحطب أو الحشيش ، اشترط التحويط ، ولا يكفي نصب
سعف وأحجار من غير بناء ، لأن الممتلك لا يقتصر على مثله في العادة ،
وانما يفعله المجتاز .

الثالثة اذا أراد مزرعة اشترط أمور :

أحدها : جمع التراب حوليه لينفصل المحبي عن غيره ، وفي معناه
نصب قصب وحجر وشوك ولا حاجة الى التحويط .

(١) تكملة المجموع ٤٦٤/١٤ .

(٢) الأم ٣٦٥/٣ .

الثاني : تسوية الأرض بطم المنخفض وكسح المستعلى وحراثتها وتلين ترابها ، فإن لم يتيسر ذلك إلا بماء يساق إليها ، فلا بد منه لتسهيلاً للزراعة •

الثالث : ترتيب ماء لها بشق ساقية من نهر أو بحفر بئر أو قناة وسقيها •

الرابع : إذا أراد بستانا أو كرما فلا بد من التحويط ، والرجوع فيما يحوط به إلى العادة • فإن كنت عادة البلد بناء جدار اشترط البناء ، وإن كان عادتهم التحويط بالقصب والشوك اعتبرت عادتهم (٣) •

واستدل الشافعية على ما ذكره بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا مواتا فهي له » فقد أطلق الحديث الأحياء ولم يبين فحمل على المتعارف (٤) •

أما فقهاء الحنابلة فقد ذكروا في صفة الأحياء روايتين :

الرواية الأولى عن الإمام أحمد فقال : الأحياء أن يحوط عليها — أى على الأرض — حائطاً أو يحفر فيها بئراً أو نهراً ، ولا يعتبر في ذلك تسقيف وذلك لما روى الحسن عن سحرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أحاط حائطاً على أرض فهي له » (٥) ولأن الحائط حاجز يمنع فكان أحياء أشبه ما لو جعلها حظيرة للغنم • ولا بد أن يكون الحائط منيعاً يمنع ما وراءه ، ويكون مما جرت العادة بمثله ، ويختلف باختلاف البلدان ، فإن كان مما جرت عادتهم بالبناء بالحجر وحده كأهل حوران أو بالطين كأهل الغوطة بدمشق أو بالخشب أو القصب كأهل النور كان ذلك أحياء •

(٣) روضة الطالبين ٢٨٩/٥ ، ٢٩٠ •

(٤) تكملة المجموع ٤٦٣/١٤ •

(٥) سبل السلام ٨٤/٣ •

والرواية الثانية : الأحياء ما تعارفه الناس أحياء لأن الشرع ورد بتعليق الملك عليه ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه الى ما كان أحياء في العرف ، كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم كيفيته كان المرجع فيه الى العرف ، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان فلذلك يتعلق بالحكم بالمسمى أحياء عند أهل العرف ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يعلق بالحكم على ما ليس الى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقا لمعرفته ، إذ ليس له طريق سواء .

إذا ثبت هذا فإن الأرض تحيا دارا للسكنى وحظيرة ومزرعة فأحياء كل واحدة من ذلك بما تنهيا به للانتفاع الذي أريدت له .

فأما الدار فبان يبنى حيطانها بما جرت به العادة ويسقفها لأنها لا تصلح للسكنى الا بذلك ، والحظيرة أحياءها بحائط جرت به العادة لمثلها ، وليس من شرطها التسقيف لأن العادة لم تجربها ، وان أرادها للزراعة فبان يهيئها لامكان الزرع فيها ، فان كانت لا تزرع الا بالماء فبان يسوق اليها ماء من نهر أو بئر ، وان كان المانع من زرعها كثرة الحجارة كأرض الحجاز فأحياءها بقلع أحجارها وتقويتها حتى تصلح للزرع وان كانت غياضا أو أشجارا كأرض الشعر فبان يقلع أشجارها ويزيل عروقها المانعة من الزرع ، وان كانت مما لا يمكن زرعها الا بحبس الماء عنه كأرض البطائح فأحياءها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها ، ذن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها له (٦) .

أما فقهاء الحنفية فانهم يرون أن أحياء الأرض أن يجعلها صالحة للزراعة (٧) .

(٦) الشرح الكبير للمقدي ١/١٦٠ ، ١٦١ ، ١٦٢ .

(٧) يقول السرخسي : « الأحياء أن يجعلها صالحة للزراعة بأن

كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا » المبسوط ٢٣/١٦٨، ١٦٧

وفناء المالكية يرون أن احياء الأرض الموات يكون بواحد من أمور سبعة ذكرها الشيخ الدردير رضى الله عنه بقوله : « والاحياء يكون بأحد أمور سبعة :

الأول : بتقجير ماء لبئر أو عين فتملك به ، وكذا تملك الأرض التى تزرع بها •

والثانى : بإزالة الماء منها حيث كانت الأرض غامرة بالماء •

والثالث : بفناء بأرض •

والرابع : بسبب غرس لشجر بها •

والخامس : بسبب تحريك أرض بحرثها ونحوه •

والسادس : يكون بسبب قطع شجر بها مبنية وضع يده عليها •

والسابع : بسبب كسر حجرها مع تسويتها (٨) •

وقال ابن المساجشون : أن الاحياء حفر الآبار وشق العيون وغرس الشجر وبناء البيان وتسييل ماء الرذغة من الأرض وقطع الحياض واللفحص عن الأرض بما تعظم مؤنته وتبقى منفعتها (٩) •

أما ابن حزم فإن الاحياء عنده يكون قلع ما فى الأرض من عشب أو شجر أو نبات بنية الاحياء ، لا بنية أخذ العشب والاحتطاب فقط ، أو جلب ماء اليها من نهر أو من عين ، أو حفر بئر فيها لسقيها منه ، أو حرثها ، أو غرسها ، أو تزييلها ، أو ما يقوم مقام التزييل من نقل تراب اليها أو رماد أو قلع حجارة أو جرد تراب ملح عن وجهها حتى يمكن بذلك حرثها أو غرسها ، أو أن يختط عليها بحظيرة للبناء ،

(٨) الشرح الصغير ١٨٦/٣ بأسفل بلفة السالك •

(٩) المنتقى شرح موطأ الامام مالك ٣٠/٦ •

فهذا كله احياء في لغة العرب التي خاطبنا الله تعالى على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم (١٠) •

وفقهاء الزيدية يرون أن الاحياء يكون بالحرث والزرع أو الغرس أو امتداد الكرم أو ازالة الخمر - أى الشجر الذى يغطى الأرض - أو التنقية (١١) •

أما فقهاء الامامية فيرون أن الاحياء يرجع فيه الى ما تعارف عليه الناس (١٢) •

وبناء على ما تقدم فإن المشرع جعل الاحياء سببا في تملك الأراضى الموات التى ليس ملكا لأحد وغير منتفع بها بأى وجه من الوجوه ، وأطلق هذا السبب ولم يبينه يذكر الأمور أو الأعمال التى يتحقق بها ، فكان الأوفى والأرفق بالناس ترك ذلك للعرف والمادة فى الجهة التى تقع فيها هذه الأراضى ، ويكون الضابط فى ما يتحقق احياء الأراضى هو تهيتها للأرض وأعدادها لتكون صالحة لتحقيق الغرض الذى قصده المحيى من احيائها غالبا حسب عرف الجهة التى توجد فيها هذه الأرض • فوسائل الانتفاع بالأرض متنوعة ومتعددة ، وما يجرى العرف يعتبر بياننا لما ورد من المشرع مطلقا • والمطلوب شرعا هو ألا تترك الأراضى عاطلة عن الانتاج ميتة لا حياة لها ، نظرا لأن فى تركها على هذه الصفة يؤدى الى اضعاف المستوى المادى والمعيشى والاقتصادى للأفراد والجماعات والأمم • والله أعلم •

تم بحمد الله

(١٠) المحل لابن حزم ٢٣٨/٨ •

(١١) السيل الجرار المتدفق ٢٢٧/٣ •

(١٢) جاء فى شرائع الاسلام : « الطرف الثانى فى كيفية الاحياء والمرجع فيه الى العرف لعدم التنصيص شرعا أو لغة ، وقد جوف أنه اذا قصد سكنى أرض فاحاط ولو بخشب أو قصب أو سقف مما يمكنه سكنه سمي احياء » شرائع الاسلام فى الفقه الإبلايى الجيادى ١٧٠/٢ •

أهم مراجع البحث

أولا : القرآن الكريم :

ثانيا : كتب الحديث وشروحه :

- ١ - جامع الأصول في أحاديث الرسول • تأليف الامام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزري المتوفى سنة ٦٠٦هـ الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م • دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع •
- ٢ - الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير • تأليف الامام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ • الطبعة الخامسة • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •
- ٣ - سبل السلام : تأليف الامام محمد بن اسماعيل الكحلاني ثم الصنعاني المعروف بالأمير المتوفى سنة ١١٨٢هـ • الطبعة الرابعة ١٣٧٩هـ - ١٩٦٥م • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •
- ٤ - سنن ابن ماجه : تأليف الامام أبي عبد الله بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٥هـ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع •
- ٥ - سنن أبي داود : تأليف الامام أبو داود سليمان بن الأشعث ابن اسحاق الأزدي السجستاني • الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •
- ٦ - سنن الترمذي : تأليف الامام أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى سنة ٢٧٩هـ الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •
- ٧ - سنن الدارمي : تأليف الامام أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن ابن الفضل بن بهرام الدارمي المتوفى سنة ٢٢٥هـ • نشر دار احياء السنة النبوية •
- ٨ - السنن الكبرى : تأليف الامام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي - المتوفى سنة ٤٥٨هـ دار الفكر •

- ٩ — صحيح البخارى : تأليف الامام أبى عبد الله محمد بن اسماعيل ابن المغيرة بن بردخبة البخارى المتوفى سنة ٢٥٦ هـ . طبعة دار الشعب .
- ١٠ — صحيح مسام : تأليف الامام أبى الحسين مسلم القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١ هـ . طبعة مصطفى الحلبي بمصر .
- ١١ — فتح البارى بشرح البخارى : تأليف الامام شهاب الدين أبى الفضل أحمد بن على بن محمد الكنانى بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢ هـ . طبع سنة ١٣٧٨ هـ — ١٩٥٩م بمطبعة مصطفى الحلبي بمصر .
- ١٢ — كنوز الحقائق في حديث خير الخلائق : تأليف الامام عبدالرؤف المناوى . مطبوع بأسفل الجامع الصغير للسيوطى . الطبعة الخامسة . مطبعة مصطفى الحلبي بمصر .
- ١٣ — مختصر سنن أبى داود : تأليف الامام زكى الدين عبد العظيم ابن عبد القوى المنذرى المتوفى سنة ٦٥٦ هـ . مطبعة السنة المحمدية .
- ١٤ — مسند الامام أحمد بن حنبل . دار الفكر العربى .
- ١٥ — الموطأ : تأليف الامام مالك بن أنس الأصبحى المتوفى سنة ١٧٩ هـ — دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبي) .
- ١٦ — نصب الراية لأحاديث الهداية : تأليف الامام جمال الدين أبى محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى المتوفى سنة ٧٦٢ هـ . الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ — ١٩٣٨م مطبعة دار المأمون بمصر .
- ١٧ — نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار : تأليف الامام محمد بن على ابن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ . الطبعة الأولى ١٣٥٢ هـ . المطبعة العثمانية المصرية .

ثالثاً : كتب الفقه :

(١) الفقه الحنفى :

- ١ — الاختيار لتعليق المختار : تأليف العلامة عبد الله بن محمود بن موجود . طبع النجهاز المركزى للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية ١٤٠٠ هـ — ١٩٨٠ م .
- ٢ — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : للشيخ علاء الدين أبى بكر ابن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧ هـ . الناشر زكريا على يوسف . مطبعة القاهرة بمصر .
- ٣ — بحر المتقى فى شرح المتقى : دار الطباعة العامة ١٣١٩ هـ .
- ٤ — التبنية فى شرح الهداية : تأليف الفقيه أبى محمد محمود بن أحمد العيني . الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ — ١٩٨١ م . دار الفكر
- ٥ — تبين الحقائق شرح كذ العقائق : تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى مصورة عن الطبعة الأولى ١٣١٥ هـ . مطبعة بولاق بمصر . دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت — لبنان .
- ٦ — حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبى على شرح كنز الدقائق مطبوع بهامش تبين الحقائق . الطبعة الأولى ١٣١٥ هـ مصورة عن مطبعة بولاق مصر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت — لبنان .
- ٧ — حاشية الفقيه الطحاوى على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فى فقه مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة طبعة بولاق ١٢٨٢ هـ .
- ٨ — الخراج : تأليف القاضى أبى يوسف يعقوب بن ابراهيم المتوفى سنة ١٨٢ هـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت — لبنان .
- ٩ — شرح العناية على الهداية : للإمام أكمل الدين محمد بن محمود

البابرتي المتوفى سنة ٥٧٨٦ هـ • مطبوع مع نتائج الأفكار • الطبعة

الأولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •

١٠ - الباب في شرح الكتاب تأليف العلامة عبد الغنى الميداني الدمشقي

المتوفى سنة ٥٤٢٨ هـ طبعة محمد علي صبيح بمصر ١٣٤٦ هـ

١٩٢٧ م •

١١ - المبسوط : لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن سهل السرخسي

المتوفى سنة ٤٨٣ هـ الطبعة الثالثة • دار المعرفة للطباعة والنشر

بيروت - لبنان •

١٢ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : تأليف المحقق عبد الرحمن

ابن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدملا أفندي • دار الطباعة

العامة ١٣١٩ هـ •

١٣ - نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار : تأليف الامام شمس

الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده الطبعة الأولى

١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •

(ب) الفقه المالكي :

١ - بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك : تأليف

الشيخ أحمد بن محمد الصاوي على الشرح الصغير للدردير •

طبع بدار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبي بمصر) •

٢ - التاج والاكليد لمختصر خليل : تأليف العلامة أبي عبد الله محمد

ابن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق المتوفى

سنة ٨٩٧ هـ • الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م • دار الفكر

مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب •

٣ - حاشية الشيخ محمد البستاني • دار الفكر بيروت - لبنان

١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م • مطبوعة بهامش شرح التزيهاني على مختصر

خليل •

- ٤ - حاشية العلامة على الصعیدی العدوی • دار صادر بیروت
 - لبنان مطبوعة بهامش شرح الخرشي على مختصر خليل •
 ٥ - شرح العلامة أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي
 المتوفى سنة ١١٠١هـ على مختصر خليل • دار صادر بيروت • لبنان
 ٦ - الشرح الصغير : تأليف الفقيه أحمد بن محمد بن أحمد المدردير
 العدوی المتوفى سنة ١٢٠١هـ • مطبوع بأسفل بلغة السالك •
 طبع بدار احیاء الكتب العربية •
 ٧ - شرح الشيخ عبد الباقي الزرقانی على مختصر خليل • دار الفكر
 بیروت ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م •

- ٨ - الشرح الكبير: تأليف: أبي البركات أحمد بن أحمد المدرير: العدوی
 علي مختصر خليل • مطبوع بهامش حاشية الدسوقي • طبع
 بدار احیاء الكتب العربية •
 ٩ - المدونة الكبرى : للإمام مالك بن أنس الأصبحي المتوفى سنة
 ١٧٩هـ • مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٣٤هـ •
 ١٠ - المنتقى شرح موطأ الامام مالك: تأليف القاضي أبي الوليد سليمان
 ابن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي المتوفى سنة ٤٩٤هـ •
 مصورة عن الطبعة الأولى ١٣٣٣هـ • مطبعة السعادة بمصر •
 دار الكتاب العربي بیروت - لبنان •

- ١١ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : تأليف الامام أبي عبد الله
 محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب المتوفى سنة
 ٩٥٤هـ • الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨ م • دار الفكر •

(ج) الفقه الشافعي :

- ١ - الأحكام السلطانية : تأليف العلامة أبو الحسن علي بن محمد بن
 حبيب المتوفى سنة (٤٥٠هـ) مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٩٦٠م

- ٢ — الاختراع في حل ألفاظ أبي شجاع : تأليف الشيخ محمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ • دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبي) •
- ٣ — انظم : تأليف الامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ • طبعة مصورة عن طبعة بولاق ١٣٣١هـ •
الدار المصرية للتأليف والترجمة •
- ٤ — تكملة المجموع شرح المذهب : للشيخ محمد نجيب المطيعي وهي التكملة الثانية • الناشر زكريا علي يوسف • مطبعة القاهرة بمصر
- ٥ — حاشية الشيخ برهان الدين بن ابراهيم البرماوى على شرح الفاية لابن المقاسم الغزى • طبعة بولاق ١٢٩٨هـ •
- ٦ — حاشية العلامة : ابراهيم البيجورى على شرح ابن القاسم الغزى على متن أبي شجاع • الطبعة الخامسة • المطبعة الكبرى ببولاق بمصر ١٣٠٧هـ •
- ٧ — حاشية الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البيجورى المتوفى سنة ١٢٢١هـ على شرح منهج الطلاب • مطبعة بولاق بمصر ١٢٩٢هـ •
- ٨ — حاشية أبي الضياء على بن علي الشبراملس القاهري المتوفى سنة ١٠٨٧هـ • الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ — ١٩٦٧م • مطبعة مصطفى الحلبي بمصر مطبوعة مع نهاية المحتاج •
- ٩ — روضة الطالبين : للامام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ طبع ونشر المكتب الاسلامي •
- ١٠ — مختصر الامام أبي ابراهيم بن يحيى المرني الشافعي المتوفى سنة ٢٦٤هـ مطوع بهامش الأم • طبعة مصورة عن طبعة بولاق ١٣٣١هـ • الدار المصرية للتأليف والترجمة •
- ١١ — مغنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج : الإمام شمس الدين

- محمد بن أحمد الشرييني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧ هـ • مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م •
- ١٢ - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج : تأليف الامام شمس الدين محمد ابن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ • الطبعة الأخيرة ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م مطبعة مصطفى الحلبي بمصر •

(د) الفقه الحنبلي :

- ١ - حاشية الشيخ عبد الله بن عبد العزيز العنقري على الروض المربع للبهوتي مطبوعة بهامش الكتاب المذكور •
- ٢ - الفراج : تأليف العلامة يحيى بن آدم القرشي المتوفى سنة ٢٠٣ هـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت - لبنان •
- ٣ - الشرح الكبير على متن المقنع : تأليف الشيخ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ • مطبوع مع المغني لابن قدامة • دار الكتاب العربي للتوزيع والنشر بيروت - لبنان •
- ٤ - شرح منتهى الارادات : تأليف العلامة منصور بن يونس بن ادريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١ هـ • دار الفكر •
- ٥ - الكافي في فقه الامام الجليل أحمد بن حنبل : تأليف شيخ الاسلام محمد موقف الدين عبد الله بن قدامة المقدسي • الطبعة الرابعة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م المكتب الاسلامي •
- ٦ - كشف القناع عن متن الاقناع : للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م •
- ٧ - المبدع في شرح المقنع : تأليف الفقيه أبي اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المتوفى سنة ٨٨٤ هـ • المكتب الاسلامي •

٨ - المنفى : للعلامة أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠هـ - دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .

(ه) الفقه الظاهري :

١ - المحلى : تأليف الامام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ . دار الآفاق الجديدة . بيروت - لبنان .

(و) الفقه الزيدى :

١ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : للامام المهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ . مطبعة السنة المحمدية ١٩٤٨ - ١٩٤٩م ، ومؤسسة الرسالة بيروت - لبنان .

٢ - المسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار : لشيخ الاسلام محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ . دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .

(ز) الفقه الامامي :

١ - تذكرة الفقهاء : للعلامة الحسن بن يوسف المطهر المعروف بالحللي المتوفى سنة ٧٣٦هـ .

٢ - الروضة البهية شرح الدمشقية : للامام زين الدين بن علي بن أحمد بن محمد الجبعي العاملي المتوفى سنة ٩٦٥هـ . مطبعة الآداب في النجف الاشراف الطبعة الأولى ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م .

٣ - شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري : تأليف جعفر بن الحسن بن أبي زكريا بن سعيد الهزلي . منشورات دار مكتبة الحياة بيروت - لبنان ١٩٧٨م .

٤ - شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام : تأليف : أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحللي المتوفى سنة ٩٧٦هـ . منشورات دار الأنواء الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

- ٥ — فقه الامام جعفر الصادق عرض واستدلال • دار مكتبة الهلال بيروت — لبنان •
- ٦ — المسالك : تأليف العلامة زين الدين علي بن أحمد المتوفى سنة ٥٩٦٦ هـ •
- ٧ — مفتاح الكرامة : تأليف العلامة محمد جواد بن محمد الحسيني المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ مطبعة الشورى القاهرة ١٣٣٦ هـ •
- رابعاً : كتب اللغة :
- ١ — أساس البلاغة : تأليف جاد الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري • دار صادر بيروت ١٣٨٥ هـ — ١٩٦٥ م •
- ٢ — تاج المروس من جواهر القاموس تأليف : محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي • المطبعة الأولى ١٣٠٦ هـ • المطبعة الخيرية بمصر •
- ٣ — القاموس المحيط : تأليف نجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي المتوفى سنة ٨١٧ هـ • مؤسسة الطبى للنشر والتوزيع بمصر •
- ٤ — لسان العرب : تأليف أبو الفضل جمال الدين محمد بن الامام جلال الدين أبي العزم بن الشيخ نجيب الدين المعروف بابن منظور المتوفى سنة ٧١١ هـ • طبعة دار المعارف •
- ٥ — مجمل اللغة : تأليف أبي الحسن أحمد فارس بن زكريا اللغوى المتوفى سنة ٣٩٥ هـ • مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع •
- ٦ — مختار الصحاح : تأليف الامام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي • المطبعة الأميرية بالقاهرة بمصر ١٣٣٨ هـ — ١٨٢٠ م •
- ٧ — المصباح الخير في غريب الشرح الكبير للرافعي : تأليف أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ • المكتبة العلمية بيروت — لبنان ، وطبعة دار المعارف •

المحتوى

- افتتاحية العدد
- ٣ بقلم الأستاذ الدكتور عبد الشافي على جابر عميد الكلية
- بحوث في الجهاد (٣)
- ٥ د. عبد الشافي على جابر
- حق الأفراد في الإسلام
- ٥٣ د. عبد الصمد سيد محمد مصميد
- نطاق الحماية الجنائية للميئوس من علاجهم
- ٨٦ د. محمد زين العابدين طاهر محمد
- التنظيم الإداري المركزي في المملكة العربية السعودية
- ١٢٩ د. محمد فتوح محمد عثمان
- من مبررات عزل القاضي
- ٢٠١ د. سيد عبد الرحمن محمد الشقيري
- شهادة النساء مراتبها ونصابها
- ٢٥٦ د. الليثي حمدي خليل الليثي
- مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المأوفاة
- ٢٧٩ د. أبو الحسن ابراهيم على
- القربات : اهداؤها الى الموتى
- ٣٣٨ د. حسين عبد المجيد حسين
- احياء الاراضي الموات
- ٣٩٤ د. سعد محمد حسن أبو عبده
- المحتوى
- ٤٨٧

رقم الايداع بدار الكتب ٦١٩٣ / ٠٩٩١

مطبعة الافاق
٢ شارع جزيرة بدران شبرا - القاهرة

